



Jurisprudência da Segunda Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 449.173 — SP (2002/0054228-3)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradores: Érica Uemura e outros
Agravado: Sérgio de Freitas Costa
Advogados: Andrea Hitelman e outros

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Prequestionamento. Fundamentação deficiente. Súmula n. 284 do STF. ICMS. Repetição. Contribuinte. Legitimidade. Art. 166 do CTN.

1. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal **a quo**” (Súmula n. 211/STJ).

2. É firme o entendimento desta Corte de que as razões de recurso devem trazer, além dos motivos para a reforma do julgado, a demonstração inequívoca do modo pelo qual o acórdão teria violado os dispositivos apontados, o que não foi observado no caso. Súmula n. 284/STF.

3. O contribuinte de fato é parte legítima para discutir a não-incidência do ICMS na hipótese em que não é devida a exação.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Neto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Neto.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de agravo regimental interposto pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento com base nos fundamentos a seguir aduzidos:

i) os arts. 68, II, 70, 120 c.c. 128 do Código Tributário Nacional, 3ª, 267, IV e VI, do Código de Processo Civil, 4ª, 6ª, 12, VII, e 13, III, da Lei Complementar n. 87/1996, e 1ª da Lei n. 1.533/1951 não teriam sido devidamente prequestionados;

ii) não foi alegada negativa de vigência ao art. 535, inciso II, do CPC;

iii) incidência das Súmulas n. 211/STJ e 282 e 284/STF;

iv) não caberia ao STJ examinar, em sede de recurso especial, suposta violação a dispositivos constitucionais;

v) não cabe ao contribuinte de direito pedir a restituição do ICMS, ainda que por meio de compensação, na forma preconizada pelo art. 166 do CTN, sem que prove que tenha efetivamente suportado o encargo financeiro ou, ainda, que haja autorização do contribuinte de fato para tal propósito.

Em seu arrazoado, a agravante alega que a matéria restou devidamente prequestionada, inclusive com a oposição dos embargos de declaração.

Aduz, ainda, quanto à ilegitimidade do contribuinte de fato, que “a questão não foi posta de sorte a ensejar reexame de fato: prova de prejuízo, até porque, se assim o fosse estaria a recorrente avocando a incidência da Súmula n. 7 desse excelso Tribunal”.

Por fim, sustenta a não-incidência do Enunciado n. 284 da Súmula do STF, argumentando que “a concisão do recurso fazendário não é impediante da compreensão da violação aos dispositivos de lei apontados, ao contrário, o recorrente objetiva, com a síntese, maior precisão conotativa”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Inicialmente, entendo que o agravo não deve prosperar em razão da falta de prequestionamento dos arts. 68, II, 70, 120 c.c. 128 do Código Tributário Nacional, 3ª, 267, IV e VI, do Código de Processo Civil, 4ª, 6ª, 12, VII, e 13, III, da Lei Complementar n. 87/1996, e 1ª da Lei n. 1.533/1951, que, a despeito da oposição dos embargos de declaração, não foram examinados pelo Tribunal de origem.

Aplica-se, portanto, à espécie o enunciado n. 211 da Súmula desta Corte.

Prosseguindo na análise, conforme bem salientou a decisão agravada, esta Corte pacificou o entendimento de que as razões do recurso devem trazer, além dos motivos para a reforma do julgado, a demonstração inequívoca do modo pelo qual o acórdão teria violado os dispositivos apontados.

Incide, portanto, na espécie o Enunciado n. 284 da Súmula do STF, que dispõe:

“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

Seguindo a mesma orientação, confirmam-se:

“Processual Civil. Tributário. Recurso especial. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Fundamentação deficiente. Incidência da Súmula n. 284 do STF

1. A ausência de indicação inequívoca dos motivos pelos quais se considerava violados os dispositivos de lei federal apontados revela a deficiência das razões do recurso especial.

2. Há que se demonstrar claramente em que consistiu a violação, por meio da demonstração inequívoca, ao seu ver, houve ofensa à lei federal, não bastando a simples menção aos aludidos dispositivos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento” (Primeira Turma, AgRg no REsp n. 445.134/RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 03.02.2003).

“Recurso especial. Fundamentação deficiente. Não conhecimento. Súmula n. 284/STF Correção monetária. Expurgos inflacionários. Aplicação do IPC.

Incabível o recurso especial pelo fundamento da alínea a do permissivo constitucional, se o recorrente não indica, com precisão e clareza, nem tampouco demonstra quais e de que forma teriam sido violados os dispositivos de lei federal (Súmula n. 284 do STF).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento no sentido de ser o IPC, o índice a ser aplicado na correção monetária no período de janeiro de 1989 a fevereiro de 1991.

Agravo improvido” (Primeira Turma, AgRg no REsp n. 406.539/SP Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 18.11.2002).

No que tange à alegada ofensa ao art. 166 do CTN, não prospera a insurgência. A uma, porque o contribuinte de fato é parte legítima para discutir a não-incidência do ICMS na hipótese em que não é devida a exação, visto que é ele quem suporta o ônus

financeiro do tributo. A dois, porque inaplicável à espécie o mencionado dispositivo legal, uma vez que não se está a discutir nos autos “restituição de tributo”, mas sim a não-incidência da exação nas operações de habilitação de telefone celular móvel.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 525.648 — SP (2003/0106769-1)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Eduardo José Fagundes e outros

Agravado: Adis Indústria e Comércio S/A

Advogados: Luiz Roberto Souza Noronha

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Prequestionamento. ICMS. Alíquota. Majoração. Matéria de índole local e constitucional. Súmula n. 280/STF.

1. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal **a quo**” (Súmula n. 211/STJ).

2. “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário” (Súmula n. 280/STF).

3. Esta Corte já firmou entendimento de que a discussão acerca do aumento de alíquota do ICMS de 17% para 18%, promovido pela Lei Estadual Paulista n. 6.556/1989, envolve matéria de índole local e constitucional.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por una-

nimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Neto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Neto.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

Publicado no DJ de 1ª.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado de São Paulo contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento entendendo que a discussão a propósito do aumento da alíquota do ICMS de 17 para 18% possuía contornos constitucionais e de direito local, matérias insuscetíveis de revisão por esta Corte, em face inclusive do disposto no Enunciado n. 280 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Colacionando julgados desta Corte, o agravante sustenta negativa de vigência ao art. 166 do CTN, ao tempo em que alega impossibilidade de repetição de indébito por parte do responsável tributário, caso ele não se encontre devidamente autORIZADO pelo contribuinte de fato.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Inicialmente, entendo que o agravo não deve prosperar em razão da falta de prequestionamento do art. 166 do Código Tributário Nacional, que a despeito da oposição dos embargos de declaração, não foram examinados pelo Tribunal de origem.

Aplica-se, portanto, à espécie o Enunciado n. 211 da Súmula desta Corte.

Registro, ademais, que a decisão agravada não merece reparos, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Com efeito, o Tribunal **a quo** decidiu a questão sob a ótica eminentemente constitucional, matéria cuja revisão escapa aos limites da estreita competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial.

Ressalte-se, ainda, a incidência na espécie do Enunciado n. 280 da Súmula do STF, considerando que o debate no acórdão recorrido cingiu-se ao tema da legítimi-

dade da majoração da alíquota do ICMS de 17 para 18%, estabelecida pela Lei Estadual Paulista n. 6.556/1989.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 465.756 — DF (2002/0100726-5)**

Relator: Ministro Castro Meira

Embargantes: Jovelino Saldanha da Silva e outros

Advogados: Jovelino Saldanha da Silva (em causa própria) e outro

Embargada: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Rodrigo Sales dos Santos e outros

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração em agravo de instrumento. Erro material. Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei, art. 485, V, do CPC. FGTS. Expurgos inflacionários. Súmula n. 343 do STF. Interpretação controvertida nos tribunais. Embargos acolhidos com efeito infringente para tornar sem efeito a decisão embargada. Agravo de instrumento improvido.

1. Detectado o erro material na decisão embargada, mesmo não configurada a omissão e a contradição apontadas pelos embargantes, é de ser sanado o vício, acolhendo-se os embargos com efeitos infringentes.

2. Se a interpretação era controvertida nos Tribunais à época em que plasmada a decisão rescindenda, não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, ainda que a jurisprudência, posteriormente, tenha se firmado favoravelmente ao pleito do autor. Súmulas ns. 343/STF e 134/TFR.

3. Segundo orientação da Primeira Seção desta Corte, deve-se afastar a aplicação da Súmula n. 343/STF, somente nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal venha a declarar a inconstitucionalidade da lei aplicada pelo acórdão rescindendo.

4. A Corte Suprema analisou a questão relativa aos expurgos inflacionários do FGTS no REsp n. 226.855/RS, portanto, através do controle difuso,

com efeito **inter partes** e, ainda assim, o fez à luz do princípio do direito adquirido, sem declarar a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo legal. Não há óbice, portanto, à aplicação da Súmula n. 343/STF a essa questão.

5. Embargos de declaração acolhidos por erro material, para tornar sem efeito a decisão embargada. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, com efeitos modificativos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

Publicado no DJ de 20.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de embargos de declaração em agravo de instrumento interposto por Jovelino Saldanha da Silva e outros, contra decisão monocrática que apreciou o mérito de questão, envolvendo expurgos inflacionários do FGTS.

Os ora Embargantes propuseram ação ordinária de cobrança dos expurgos do FGTS, obtendo êxito em 1ª e 2ª instâncias, o que culminou com o trânsito em julgado do processo e a respectiva execução.

A Caixa Econômica Federal — CEF, propôs, no prazo legal, ação rescisória, com fundamento no art. 485, V, do Código de Ritos, sob o argumento de que o acórdão rescindendo teria violado literal disposição de lei. A petição inicial foi indeferida pela Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que entendeu ser a CEF carecedora do direito de ação, além de ser aplicável à espécie a Súmula n. 343 da Suprema Corte.

A CEF interpôs recurso especial, inadmitido na origem por estar o acórdão recorrido em harmonia com o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça. Contra esse despacho, foi interposto agravo de instrumento, cuja decisão encontra-se assim ementada:

“Administrativo. FGTS. CEF. Legitimidade. Súmula n. 249/STJ. Correção monetária. IPC. Súmula n. 252/STJ.

‘A Caixa Econômica Federal tem legitimidade passiva para integrar processo em que se discute correção monetária do FGTS’, consoante enunciado da Súmula n. 249/STJ.

‘Os saldos das contas do FGTS, pela legislação infraconstitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto às perdas de junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990 e 7,00% (TR) para fevereiro de 1991, de acordo com o entendimento do STF (REsp n. 226.855-7/RS)’, sendo este o teor da Súmula n. 252/STJ, aprovada pela Primeira Seção, em 13 de junho de 2001.

Despesas processuais e custas recursais recíproca e proporcionalmente distribuídas e compensadas entre os litigantes, da mesma forma que os honorários, estes fixados em 10% (dez por cento), em atendimento ao disposto no **caput** do art. 21 do citado **codex**, observando-se, se aplicável, a regra do art. 12 da Lei n. 1.060/1950.

Agravo de instrumento conhecido e recurso especial parcialmente provido.

Alegam os embargantes contradição e omissão na r. decisão recorrida, vez que o processo originário, em que se discutiam os expurgos inflacionários do FGTS, “já foi executado, extinto, arquivado em razão do trânsito em julgado, conforme documentos acostados.” Pugnam, então, para que sejam acolhidos os embargos de declaração, atribuindo-lhes efeito infringente.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Não há omissão ou contradição a ser sanada nos presentes aclaratórios, de modo que não conheço dos embargos por esses dois fundamentos.

Verifico existir, entretanto, erro material na decisão embargada.

O r. **decisum** recorrido apreciou questão envolvendo o mérito dos expurgos inflacionários do FGTS, quando deveria se ater ao cabimento da ação rescisória, proposta com fundamento no art. 485, inciso V, do Código de Ritos, em face da Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal.

Identificado o erro material, torno sem efeito a decisão de fls. 75/76 e passo a reapreciar o agravo de instrumento manejado pela Caixa Econômica Federal.

O recurso especial que se pretende destrancar insurge-se contra acórdão da Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que indeferiu a inicial da ação rescisória por entender aplicável à espécie a Súmula n. 343 da Suprema Corte. O Presidente do TRF 1ª Região, em juízo de admissibilidade, negou seguimento ao recurso, por estar o acórdão recorrido em harmonia com o entendimento desta Corte de Justiça, decisão que ensejou a interposição do presente agravo de instrumento.

A questão dos autos centra debate na aplicação da Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal. Sustenta a CEF que a referida súmula não se aplica às ações rescisórias propostas com base na violação de dispositivo de índole constitucional.

As hipóteses de cabimento da ação rescisória são taxativas e devem ser comprovadas extreme de dúvidas, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. O enunciado da Súmula n. 343/STF, bem como da Súmula n. 143, do extinto Tribunal Federal de Recursos, é a expressão jurisprudencial da importância que o sistema jurídico confere à imutabilidade da coisa julgada.

O fato de a matéria ser controvertida nos tribunais à época em que plasmada a decisão rescindenda afasta a aplicação do art. 485, V, do CPC, já que inexistente a violação a “literal disposição de lei”, ainda que a jurisprudência tenha se firmado de acordo com a pretensão da parte. É nesse sentido o enunciado da Súmula n. 343/STF:

“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

Existe uma exceção, apontada pelo STF e por diversas vezes reconhecida por esta Corte de Justiça, segundo a qual não se aplica a Súmula n. 343 quando a questão, ainda que controvertida, versar sobre matéria de índole constitucional, tal entendimento, entretanto, deve ser aplicado com reservas, sob pena de lesão irremediável à segurança jurídica, ao permitir-se a mutabilidade da coisa julgada sempre que alguma questão for decidida pelo Supremo, o que em última análise é o que pretende a Caixa Econômica Federal.

O entendimento prevalente nesta Corte de Justiça é no sentido de somente admitir a rescisória, afastando-se a aplicação da Súmula n. 343/STF, quando a Suprema Corte vier a declarar, em sede de controle concentrado, a inconstitucionalidade do dispositivo legal aplicado pela decisão rescindenda. Ou, ainda, quando a lei declarada inconstitucional no controle difuso tiver a sua eficácia suspensa pelo Senado Federal, quando, então, passa a operar efeitos **erga omnes**.

A Suprema Corte enfrentou a questão dos expurgos inflacionários nas contas vinculadas do FGTS quando do julgamento do RE n. 226.855/RS, portanto, através do controle difuso, com efeito **inter partes**. Diga-se, ainda, que o STF jamais declarou inconstitucional qualquer dispositivo legal aplicável à questão, mas apenas analisou a pretensão dos fundistas à luz do art. 5º, XXXVI, da CF/1988, com ênfase no direito adquirido.

O acórdão rescindendo não aplicou, portanto, lei inconstitucional — quando então caberia a ação rescisória —, mas apenas deixou de aplicar lei ordinária por fundamento de ordem constitucional, que, mais tarde, veio a ser afastado por mudança de orientação jurisprudencial. Nesse passo, a ofensa que poderia ser identificada não é à Constituição, mas sim à lei ordinária a que o acórdão rescindendo não reconheceu eficácia.

A diferença entre o julgado que aplica lei inconstitucional e aqueloutro que deixa de aplicar lei ordinária sob fundamento de índole constitucional, no que pertine ao cabimento ou não da ação rescisória, foi tratada no magistério do Professor **Humberto Theodoro Junior, verbis**:

“Quando um julgado aplica lei inconstitucional, a ofensa é cometida diretamente contra a Constituição. A lei aplicada, sendo absolutamente nula, contamina de igual ineficácia também a sentença que lhe pretenda reconhecer validade. No caso, porém, de não-aplicação da lei ordinária, por alegado motivo de ordem constitucional que mais tarde vem a ser afastado por mudança de orientação jurisprudencial, a ofensa que poderia ser divisada não é à Constituição, mas sim à lei ordinária a que a sentença não reconheceu eficácia. Não se pode data vênua, dizer que, na não-aplicação da norma infraconstitucional, tenha-se configurado uma negativa de vigência de norma constitucional, para declarar-se a própria sentença como inconstitucional e, **ipso facto**, nula.” (In “A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle”, Revista Ibero-Americana de Direito Público — RIA-DE, vol. III, ano 3, 1º trimestre de 2001, p. 93).

Em conclusão, o acórdão rescindendo não viola qualquer dispositivo constitucional. A ofensa, caso existente, dar-se-á contra norma legal que deixou de ser aplicada pela decisão que se pretende rescindir. Não há óbice, portanto, à aplicação integral da Súmula n. 343 da Suprema Corte ao caso dos autos.

Por derradeiro, registre-se que a Primeira Seção desta Corte de Justiça, quando aprecia ações rescisórias aqui propostas pela Caixa Econômica Federal envolvendo a questão dos expurgos inflacionários do FGTS, tem adotado o mesmo entendimento da Corte **a quo**, vale dizer, tem inadmitido liminarmente a inicial com base na

Súmula n. 343/STF. Trago à colação a ementa do mais recente julgado (DJ de 19.05.2003):

“Processo Civil. Agravo regimental na ação rescisória. FGTS. Índices de correção. Violação a literal dispositivo de lei. Não-ocorrência. Indeferimento liminar da inicial. Súmula n. 343 do STF Agravo improvido.

1. A pretensão deduzida carece de respaldo jurídico a ampará-la. Não cabe ação rescisória para desconstituir julgados se à época a matéria era flagrantemente controvertida, ainda que a jurisprudência, em momento posterior, venha a se firmar a favor da parte autora. Aplicação da Súmula n. 343 do STF.

2. De fato, a jurisprudência assente nesta Corte é no sentido de afastar a incidência da aludida súmula, autorizando o processamento da ação rescisória, quando o STF decidir pela inconstitucionalidade de lei aplicada pelo acórdão rescindendo, porquanto, nessa hipótese, a decisão da Suprema Corte, com efeito **ex tunc** declara inválida e ineficaz o dispositivo legal que sustenta o **decisum**.

3. Entretanto, o caso vertente é bem outro. **In casu**, a toda evidência, o aresto rescindendo tratou do tema em debate sob a perspectiva exclusivamente infraconstitucional, sendo que a análise dos dispositivos constitucionais mencionados foi realizada pelo STF sem qualquer menção à eventual inconstitucionalidade de lei aplicada à hipótese.

4. Agravo regimental improvido.”

(STJ — Primeira Seção. AgRg no AgRg n. 2.385/CE, Rel. Min. Laurita Vaz, j. Por maioria em 14.08.2002, DJ de 19.05.2003).

Pelo exposto, *acolho os embargos de declaração* para tornar sem efeito a decisão de fls. 75/76. Quanto ao agravo de instrumento da Caixa Econômica Federal, não havendo óbice à aplicação da Súmula n. 343/STF ao caso dos autos e estando a decisão agravada em sintonia com entendimento deste Sodalício, *nego provimento ao recurso*.

É o voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 14.691 — SC (2003/0116996-1)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Dante Aguiar Arend

Advogados: Dante Aguiar Arend e outro

Recorrido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: Valdemiro Pedrini

EMENTA

Ação de depósito ajuizada com base na Lei n. 8.866/1994 — Pedido de prisão do responsável pela empresa que deixou de repassar os valores referentes à contribuição previdenciária — **Habeas corpus** preventivo — Alegada impossibilidade de dupla imputação de pena, em virtude de haver previsão de que a conduta em deixar de repassar à Previdência as contribuições é crime (art. 168-A, Código Penal) — Pretendida incidência do Pacto de São José da Costa Rica — Ordem denegada — Pretendida reforma — Recurso ordinário não provido.

— É cediço que o artigo 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991, foi revogado pela Lei n. 9.983, de 14.07.2000 que alterou o Código Penal. O mencionado dispositivo se assemelha ao comando inserto no artigo 168-A do Diploma Penal. Essa observação é necessária em vista da circunstância de que a jurisprudência desse Sodalício é remansosa quando aprecia a Lei n. 8.866/1994 frente ao disposto na Lei n. 8.212/1991 (art. 95, **d**). A propósito, adverte o douto Ministro Fernando Gonçalves que “o advento da Lei n. 8.866/1994, de natureza civil, não importa em supressão da figura típica prevista no art. 95, alínea **d** da Lei n. 8.212/1991” (RHC n. 10.183/SP, **in** DJ de 18.12.2000). Iterativos precedentes.

— No que toca à incidência do pacto internacional, cumpre rememorar que o posicionamento da Suprema Corte é no sentido de que “o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel” (RE n. 293.378/MG, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, **in** DJ de 10.08.2001). No sentido desse pensar, o douto Ministro Maurício Corrêa assim se pronunciou, ao pontificar que “a prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária” (cf. HC n. 73.044/SP, Segunda Turma, **in** DJ de 20.09.1996).

— Recurso ordinário não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosse-

guindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, por unanimidade, em denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira (voto-vista) e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

Publicado no DJ de 24.11.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** ajuizado com fundamento no artigo 105, inciso II, letra **a**, da Carta da República, com o objetivo de reformar, **in totum**, v. julgado proveniente do colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa encontra-se vazada nos seguintes termos:

“Penal — Processo Penal — **Habeas corpus** — Prisão civil — Depositário infiel — Pacto de São José da Costa Rica — Ação de depósito.

1. Inexiste dualidade de prisões em áreas diversas quando os textos legais têm abrangência em esferas diversas. Ou seja, a Lei n. 8.866/1994 se refere à esfera cível, enquanto que o disposto no art. 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991, tem natureza penal. Por conseguinte, esta não tem repercussão na área cível.

2. A prisão civil de depositário judicial por ser norma infraconstitucional especial sobre prisão civil de depositário infiel não foi derogada pelo Pacto de São José da Costa Rica, norma infraconstitucional geral.

3. O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn n. 1.055-7/DF, sendo Relator o Ministro Sydney Sanches suspendeu a eficácia dos parágrafos 2º e 3º do artigo 4º e parágrafo 2º e artigo 4º do artigo 7º da Lei n. 8.866/1994. Todavia, permaneceu inalterada a possibilidade de prisão dos representantes legais da empresa depositária infiel, após ser decretada na sentença.

4. Ordem denegada” (fl. 175).

Emerge dos autos que o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS ajuizou ação de depósito contra a empresa Pedrini Plásticos Ltda, com espeque na Lei n. 8.866, de 11.04.1994. Ressaltou a autarquia federal, na oportunidade, que, em virtude dos reflexos da decisão judicial, era de rigor a inclusão do responsável da

empresa demandada, na qualidade de litisconsorte necessário. Na referida ação pugnou o INSS pelo recebimento do valor referente a R\$ 143.662,01 (novembro de 2000), originário de Certidão de Dívida Ativa e, bem assim, a quitação do montante no prazo de 10 (dez) dias. Pleiteou o Instituto, na ocasião, que, após julgada a demanda, fosse expedido mandado para entrega do valor exigido e, caso não cumprido o **decisum**, fosse decretada a prisão dos responsáveis legais (cf. fls. 27/31).

Em vista da demanda acima, brotou **habeas corpus** preventivo impetrado por Dante Aguiar Arend em favor de Valdemiro Pedrini, responsável pela empresa acima referida. Obtemperou o impetrante que não subsiste a dupla imputação de pena restritiva de liberdade decorrente do mesmo fato típico, isto é, a possível incidência do artigo 168-A do Código Penal (“Deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”), e, da mesma forma, a incidência da Lei n. 8.866/1994. Assentou o impetrante, também, a impossibilidade de prisão por dívida, ante os termos do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Ancorado nesses argumentos, postulou a concessão da ordem para que fosse afastado o possível decreto prisional.

Em seguida à manifestação do Ministério Público Federal pela denegação da ordem (fls. 165/169), veio a lume o pronunciamento da Corte Regional Federal que deixou de acolher o pedido de **habeas corpus** (fls. 171/175).

Desse contexto, foi apresentado este recurso ordinário em que o recorrente repisa os argumentos manifestados por ocasião do **habeas corpus**. Efetivado o despacho de admissão (fl. 198), foi determinada a remessa dos autos para este Sodalício.

A douta Subprocuradoria Geral da República, instada a se pronunciar, opinou pelo não-provimento do recurso ordinário em **habeas corpus** (fls. 203/208).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Por primeiro, registre-se que a Lei n. 8.866/1994, de natureza civil, instituiu como depositário “a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro, e recolher ao cofres públicos, impostos, taxas e contribuições, inclusive à Seguridade Social” (art. 1º). A infidelidade do depositário, segundo a norma em comento, evidencia-se quando não é feita a entrega para a Fazenda Pública do valor depositado que fora retido ou recebido.

Desse modo, ajuizada a ação de depósito pelo ente público, será requerida a citação do depositário para que, em 10 (dez) dias, recolha ou deposite o correspondente montante (cf. art. 4º, I). Além disso, o pleito contará com o pedido de cominação da pena de prisão que será levada a efeito por decisão do Juízo “nos quinze dias seguintes à citação” por prazo não superior a 90 (noventa) dias (cf. art. 4º, § 2º). Ocorre, porém, que a eficácia desse comando normativo, bem se sabe, está suspensa em vista da inobservância do preceito constitucional segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, CR); da infringência ao princípio do contraditório e da ampla defesa; da exclusão de apreciação do Judiciário a alegação de lesão ou ameaça de direito, bem como da independência do Poder Judiciário (cf. ADIMC n. 1.055/DF, **in** DJ de 16.06.1994).

Denota-se, sem maiores esforços, que a Corte Suprema afastou a possibilidade de prisão do depositário **ab initio**, mas, em tese, admite-se que o decreto prisional seja efetivado após julgada procedente a demanda. Essa inferência decorre da circunstância de que o Pretório excelso não afastou a figura do depositário infiel, mas, sim, a forma sob a qual a prisão era decretada. Nessa linha de pensar confira-se o HC n. 15.592/SC, Rel. Min. José Delgado, **in** DJ de 27.08.2001.

Colocadas essas particularidades, verifica-se que a abrangência da Lei n. 8.866/1991 está circunscrita à esfera civil, não penetrando no âmbito penal.

A propósito, a título de mera informação, é cediço que o artigo 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991, foi revogado pela Lei n. 9.983, de 14.07.2000 que alterou o Código Penal. O mencionado dispositivo previa como crime a conduta de “deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público”. Atualmente, pode-se afirmar que essa figura típica se assemelha ao comando inserto no artigo 168-A do Diploma Penal, que, no dizer de **Damásio de Jesus**, a atual regra possui melhor “compleição técnica” (cf. “Código Penal Anotado”, 13ª edição atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 623).

A observação acima era necessária em vista da circunstância de que a jurisprudência deste Sodalício é remansosa quando aprecia a Lei n. 8.866/1994 frente ao disposto na Lei n. 8.212/1991 (art. 95, **d**).

Assim, o douto Ministro Fernando Gonçalves já assentou o entendimento de que “o advento da Lei n. 8.866/1994, de natureza civil, não importa em supressão da figura típica prevista no art. 95, alínea **d** da Lei n. 8.212/1991” (RHC n. 10.183/SP, **in** DJ de 18.12.2000). No mesmo sentido são incontáveis os precedentes deste Sodalício, podendo ser lembrados, entre outros, os seguintes julgados: REsp n.

347.404/CE, Rel. Min. Laurita Vaz, **in** DJ de 04.08.2003; REsp n. 169.903/AL, Rel. Min. Edson Vidigal, **in** DJ de 27.09.1999; RHC n. 5.633/RS, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, **in** DJ de 18.11.1996 e REsp n. 170.634/RN, Rel. Min. Felix Fischer, **in** DJ de 29.03.1999.

Diante do acima exposto, não há cogitar de dupla imputação penal.

No que se refere à incidência do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, de igual modo, sem razão o recorrente.

É dominante o entendimento segundo o qual o pacto internacional deve ser levado a efeito desde que respeitadas as delimitações previstas na Constituição da República. Aliás, outro não é o posicionamento da Suprema Corte Brasileira, consoante v. aresto da lavra do ilustre Ministro Moreira Alves, ao dispor que “o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel” (cf. REsp n. 293.378/MG, Primeira Turma, **in** DJ de 10.08.2001). No sentido desse pensar, o douto Ministro Maurício Corrêa assim se pronunciou, ao pontificar que “a prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária” (cf. HC n. 73.044/SP, Segunda Turma, **in** DJ de 20.09.1996).

Desse modo, merece ser mantido incólume o modo de julgar da instância ordinária.

Pelo que precede, nego provimento ao recurso ordinário em **habeas corpus**.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Meira: O presente RHC teve provimento negado pelo ilustre Relator, Ministro Franciulli Netto, que resumiu os seus fundamentos na seguinte ementa:

“Ação de depósito ajuizada com base na Lei n. 8.866/1994 — Pedido de prisão do responsável pela empresa que deixou de repassar os valores referentes à contribuição previdenciária — **Habeas corpus** preventivo — Alegada impossibilidade de dupla imputação de pena, em virtude de haver previsão de que a conduta em deixar de repassar à previdência as contribuições é crime (art. 168-A. Código Penal) — Pretendida incidência do Pacto de São José da Costa Rica — Ordem denegada — Pretendida reforma — Recurso ordinário não provido.

— É cediço que o artigo 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991, foi revogado pela Lei n. 9.983, de 14.07.2000 que alterou o Código Penal. O mencionado dispositivo se assemelha ao comando inserto no artigo 168-A do Diploma Penal. Essa observação é necessária em vista da circunstância de que a jurisprudência desse Sodalício é remansosa quando aprecia a Lei n. 8.866/1994 frente ao disposto na Lei n. 8.212/1991 (art. 95, **d**). A propósito, adverte o douto Ministro Fernando Gonçalves que ‘o advento da Lei n. 8.866/1994, de natureza civil, não importa em supressão da figura típica prevista no art. 95, alínea **d** da Lei n. 8.212/1991’ (RHC n. 10.183/SP, **in** DJ de 18.12.2000). Iterativos precedentes.

— No que toca à incidência do pacto internacional, cumpre rememorar que o posicionamento da Suprema Corte é no sentido de que ‘o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel’ (RE n. 293.378/MG, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, **in** DJ de 10.08.2001). No sentido desse pensar, o douto Ministro Maurício Corrêa assim se pronunciou, ao pontificar que ‘a prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária (cf. HC n. 73.044/SP, Segunda Turma, **in** DJ de 20.09.1996).

— Recurso ordinário não provido”.

Pedi vista para melhor formar o meu convencimento sobre a matéria.

Constato que o INSS ajuizou ação de depósito contra a empresa Pedrini Plásticos Ltda, com fundamento na Lei n. 8.866/1994. Posteriormente, retificou a inicial para incluir o sócio, ora paciente, Valdemiro Pedrini, como litisconsorte passivo. O **habeas corpus** tem espeque em dois fundamentos: a) a impossibilidade de dupla imputação de pena restritiva da liberdade, uma na esfera cível e outra na penal, em razão do princípio **non bis in idem**; b) impossibilidade da prisão por dívida frente ao Pacto de São José da Costa Rica.

A ordem foi denegada pelo TRF — 4ª Região, no HC n. 2003.04.01.0076615-4/SC, Rel. Des. Fed. Vladimir Freitas, com a seguinte ementa:

“Penal. Processo Penal. **Habeas corpus**. Prisão civil. Depositário infiel. Dupla imputação penal. Pacto de São José da Costa Rica. Ação de depósito.

1. Inexiste dualidade de prisões em áreas diversas quando os textos legais têm abrangência em esferas diversas. Ou seja, a Lei n. 8.866/1994 se refere à esfera cível, enquanto que o disposto no art. 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991 tem natureza penal. Por conseguinte, esta não tem repercussão na área cível.

2. A prisão civil de depositário judicial, por ser norma infraconstitucional especial sobre prisão civil de depositário infiel, não foi derogada pelo Pacto de São José da Costa Rica, norma infraconstitucional geral.

3. O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn n. 1.055-7/DF, sendo Relator o Ministro Sydney Sanches suspendeu a eficácia dos §§ 2º e 3º do artigo 4º e § 2º e art. 4º do art. 7º da Lei n. 8.866/1994. Todavia, permaneceu inalterada a possibilidade de prisão dos representantes legais da empresa depositária infiel, após ser decretada na sentença.

4. Ordem denegada” (fl. 175).

O voto do ilustre Relator examinou cada um dos fundamentos da impetração, afastando-os adequadamente. Todos os precedentes desta Corte são no sentido de considerar possível a possibilidade de decretação de prisão civil do responsável por contribuições previdenciárias, ainda que a mesma conduta, em tese, possa configurar o ilícito de apropriação indébita descrita no art. 168-A, do Código Penal. No que pertine à incidência do Pacto de São José de Costa Rica, pacificou-se o entendimento de que não representa empeco à decretação da prisão civil do depositário infiel, expressamente admitida no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal.

Restaria, apenas, a dúvida quanto à legalidade da decretação da prisão do devedor civil sem que ainda houvesse decisão final da ação de depósito, o que causaria maltratos ao devido processo legal e ao direito de ampla defesa. Entretanto, a leitura da inicial deixa esclarecido que a impetração tem caráter preventivo. Argumenta o impetrante, ora recorrente, que o perigo de dano irreparável decorre da “possibilidade de prisão, com todas as repercussões sociais e morais que a mesma acarreta” (fl. 10). Resta, assim, esclarecido que até o momento da impetração, pelo menos, não havia a decretação da prisão civil do paciente, tanto assim que coloca na mera possibilidade da constrição, em decorrência do ajuizamento da ação de depósito.

Com essas breves considerações, acompanho o voto do ilustre Relator, negando provimento ao recurso.

É o voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 13.252 — PR (2001/0070379-8)**

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Hauer Construções Civis Ltda

Advogados: Marcelo Marques Munhoz e outros

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Impetrado: Secretário de Meio Ambiente do Estado do Paraná
Recorrido: Estado do Paraná
Procuradores: Márcia Dieguez Leuzinger e outros

EMENTA

Administrativo. Recurso ordinário. Mandado de segurança. Edificação litorânea. Município de Matinhos. Embargo pelo Estado. Legalidade. Uso do solo urbano. Interesse da coletividade. Lei e Decreto Paranaense ns. 7.389/1980 e 4.605/1984.

1. O uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem-estar comum da sociedade.

2. Consoante preceito constitucional, a União, os Estados e os Municípios têm competência concorrente para legislar sobre o estabelecimento das limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública e, até, do lazer.

3. A Lei n. 7.389/1980 e o Decreto n. 4.605/1984 do Estado do Paraná não foram revogados pelo art. 52 do ADCT Estadual, nem interferem na autonomia do Município de Matinhos, devido à mencionada competência legislativa concorrente.

4. Recurso ordinário conhecido, porém, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Hauer Construções Civis Ltda impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Secretário do Meio Ambiente — Presidente do Conselho de Desenvolvimento Territorial do Litoral Paranaense, que embargou a construção de edifício denominado “Flórida Terrace”, no Município de Matinhos, por estar sendo edificado sem prévia anuência do Conselho do Litoral, a despeito do alvará concedido para aquele fim pelo referido Município, ferindo, assim, seu direito líquido e certo.

Concedida a liminar, após os trâmites normais do processo o Tribunal de Justiça do Paraná denegou a segurança, pelos motivos constantes do acórdão de fls. 172/192 assim resumido na ementa:

“Município. Autonomia municipal. Planejamento urbano. Abuso de poder. Legislação concorrente. Interferência do Estado no que tange ao gabarito das construções litorâneas. Legitimidade. Regulamentação de interesse público. Inexistência de direito adquirido contra essas normas. Segurança denegada. Decisão por maioria. — Se o Município, abusando de sua autonomia, na ânsia de arrecadar mais tributos, age contra o interesse público, autorizando a construção de espigões na orla marítima, provocando com isso grande concentração de esgoto doméstico à beira-mar, diminuição da insolação na praia em certas horas do dia, dificuldade de circulação do vento, excessiva concentração de veículos, tudo contribuindo até para desvalorização dessas construções e evidente prejuízo para o turismo litorâneo, legítimas se mostram as normas estaduais que, sem ferir a autonomia municipal, se limitam a estabelecer gabarito máximo para construções na orla marítima, visando, inclusive, à preservação do meio ambiente, na ausência de norma legal que regule o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, **caput** e parágrafo único, da Constituição Federal).”

Inconformado, o impetrante manifestou o presente recurso ordinário reiterando as razões expostas na inicial e tecendo outras tantas considerações, com base em precedentes jurisprudenciais, análise de dispositivos legais e constitucionais, bem como entendimentos doutrinários, pleiteando a reforma do acórdão.

Oferecidas contra-razões, o recurso foi regularmente processado e remetido a esta Corte, opinando o MP Federal por seu provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Discute-se neste recurso ordinário o embargo de construção de edifício na orla marítima do Município de

Matinhos pelo Secretário do Meio Ambiente do Paraná — Presidente do Conselho de Desenvolvimento Territorial do Litoral Paranaense.

A questão não é nova e já foi decidida nesta Corte, razão pela qual adoto como razão de decidir o voto proferido no RMS n. 8.766/PR, de minha relatoria unanimemente acolhido por esta egrégia Turma, juntando cópia para integrar o presente como se transcrito e cuja ementa transcrevo.

“Administrativo. Recurso ordinário. Mandado de segurança. Edificação litorânea. Município de Guaratuba. Embargo pelo Estado. Legalidade. Uso do solo urbano. Interesse da coletividade. Lei e Decreto Paranaense ns. 7.389/1980 e 4.605/1984.

1. O uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem-estar comum da sociedade.

2. Consoante preceito constitucional, a União, os Estados e os Municípios têm competência concorrente para legislar sobre o estabelecimento das limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública e, até, do lazer.

3. A Lei n. 7.389/1980 e o Decreto n. 4.605/1984 do Estado do Paraná não foram revogados pelo art. 52 do ADCT Estadual, nem interferem na autonomia do Município de Guaratuba, devido à mencionada competência legislativa concorrente.

4. Recurso ordinário conhecido, porém, improvido.

Pelos mesmos fundamentos expendidos no mencionado voto, conheço do presente recurso negando-lhe, porém, provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Peçanha Martins: A questão basilar a ser resolvida neste Mandado de Segurança é a de saber se o Município, nas Constituições do Paraná e da União, gozam ou não de autonomia.

Para respondê-la, mister se faz se defina o que é autonomia, para o direito brasileiro. Diz **José Afonso da Silva** que “Autonomia significa capacidade ou poder de gerir os próprios negócios, dentro de um círculo prefixado por entidade superior. E é a Constituição Federal”, continua o mestre, “que se apresenta como poder distribuidor de competências exclusivas entre as três esferas de Governo.”

A Constituição vigente, ainda consoante o ilustre constitucionalista, acrescentou ao governo próprio a competência exclusiva mínima, que detinha, “o poder de auto-organização”, com ampliação de competências exclusivas, estabelecendo “uma nova instituição municipal no Brasil”.

Resumindo, positiva o mestre que a autonomia municipal, “assenta em quatro capacidades:

“a) *capacidade de auto-organização*, mediante a elaboração de lei orgânica própria;

b) *capacidade de autogoverno*, pela eletividade do Prefeito e dos Vereadores às respectivas Câmaras municipais;

c) *capacidade normativa própria*, ou capacidade de autolegislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e suplementar;

d) *capacidade de auto-administração* (administração própria, para manter e prestar os serviços de interesse local).”

Concluindo leciona que nessas capacidades se caracterizam “a autonomia política (capacidades de auto-organização e de autogoverno), a autonomia normativa (capacidade de fazer leis próprias sobre matéria de sua competência), a autonomia administrativa (administração própria e organização dos serviços locais) e a autonomia financeira (capacidade de decretação de seus tributos e aplicação de suas rendas, que é uma característica da auto-administração).” (In “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 1989, pp. 538/539).

O Município de Guaratuba, situado na região costeira do Estado do Paraná, expediu o Alvará de Licença n. 194/94-A autorizando a construção do Edifício St. Marteen. O alvará foi expedido em 4 de novembro de 1994.

Decorridos um (1) ano e três (3) meses, precisamente em 23.01.1996 quando a obra já se encontrava em fase de acabamento, recebeu notificação preliminar do Conselho do Litoral, sendo, posteriormente, em 09.02.1996, embargada a obra (Embargo n. 004/1996) pela Secretaria Executiva do Conselho do Litoral, em conformidade com o art. 2º, parágrafo único, III, da Lei Estadual n. 7.389/1980.

Diz a impetrante que, autorizada a obra pela Prefeitura, entidade governamental autônoma, e estando revogadas todas as leis, decretos, ou atos administrativos que interfiram na autonomia municipal, por força do que dispõe o art. 52 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Paraná, não poderia ser paralisada a obra, requerendo a final, lhe fosse declarado “o

direito líquido e certo em dar prosseguimento à obra embargada, nos termos do Alvará de Licença para Construção n. 194/94-A, expedido pela Prefeitura Municipal de Guaratuba”.

Argumenta, em favor da autonomia municipal, invocando expressamente os artigos 30, VIII, e 182, § 1º, da CF/1988 e as lições de **José Afonso da Silva** e **Michel Temer**.

Dizem as informações prestadas pela autoridade impetrada, em resumo, que: a) o art. 52 do ADCT da Constituição do Estado do Paraná é norma “absolutamente ineficaz e sem efeitos concretos em razão da generalidade de sua formulação, a qual é evidentemente atentatória à segurança jurídica”, invocando o magistério de **Reginaldo Fanchin** que a define inconstitucional; b) mas se inconstitucional não for o citado dispositivo, estariam revogados apenas “os atos atentatórios, à autonomia municipal exclusiva e tão-somente, e não as normas que criam as Áreas de Proteção e Interesse Especial, o Conselho do Litoral, etc”, pois recepcionados pela Constituição Estadual, e principalmente, pela Constituição da República; c) reconhece que os Municípios podem expedir alvarás e legislar sobre saneamento urbano, “mas circunscrito a duas limitações, quais sejam: desde que se trate de interesse apenas local; e, de forma suplementar à legislação federal e estadual”, transcrevendo o art. 30, incisos I e II, da Carta Magna; d) invoca o art. 225 da CF/1988, que denomina regulador de “direito universal”, e alega as Leis Federais ns. 6.511/1977 e 6.766/1979, “recepcionadas pelo novo ordenamento constitucional”, autorizaram o Estado do Paraná a editar as Leis ns. 7.389 e 7.694/1983 e Decretos ns. 6.274/1983 e 2.722/1984, regulando tratamento protecionista, “com limitação edificatória”, nas áreas lindeiras e orla marítima (Guaratuba, Antonina, Guaraqueçaba, Matinhos e Paranaguá), embora as considerasse despicendas face à determinação constitucional inserta no art. 225, § 4º, da CF/1988, que declarou a zona costeira em patrimônio nacional, submetido à competência concorrente entre a União e os Estados-Membros, reduzindo o dos Municípios, nos termos do artigo 24, VI, VII e VIII da CF/1988. Caberia, então à União definir regras gerais (art. 24, § 1º) e suplementado pelos Estados (art. 24, § 2º) respeitadas pelos Municípios, “que somente teria competência para legislar em circunstâncias remanescentes, mas sempre observando as regras editadas pelos entes superiores (art. 30, II e IX). Conclui negando direito líquido e certo à Impetrante, pois a atividade fiscalizadora do Estado do Paraná é absolutamente legal e decorre da legislação apontada, tendo o Conselho do Litoral cumprido com o seu dever administrativo e legal.

Negada a liminar, improvido agravo regimental e denegada a segurança, veio ao STJ o presente recurso ordinário, a mim distribuído, cujo improvimento é recomendado pelo MP

No recurso, a Impetrante afirma que o prédio embargado tem apenas 6 (seis) pavimentos e se situa, não na orla marítima, mas na segunda (2ª) quadra em direção ao continente, enfatizando precedente jurisprudencial desta egrégia Segunda Turma, no RMS n. 1.112/PR, de que foi Relator o eminente Ministro José de Jesus, com acórdão unânime, embora não tenha eu participado do julgamento por ausência justificada. Juntou a Impetrante o inteiro teor do acórdão e, também, certidão passada pela Secretária Executiva (em exercício) do Conselho do Litoral informando que o referido Conselho “teve como data de sua primeira reunião no atual Governo, a data de fevereiro de 1997. O Ministério Público do Estado do Paraná não se manifestou, embora retivesse os autos em seu poder no período de 06.06.1997 a 03.07.1997 (conf. certidão de fl. 287).

Teria mesmo o art. 52 do ADCT da Constituição do Estado do Paraná, revogado as Leis Estaduais 7.389/1980, e o Decreto n. 4.605/1984? Penso que não. A competência concorrente da União, Estados e Municípios para legislar sobre os assuntos que a Carta Magna define, não autoriza outro entendimento. O que ocorre, contudo, é que certos dispositivos podem colidir com a autonomia municipal.

No caso presente, observo que o embargo da obra fundou-se na Lei n. 7.389/1980, e nos Decretos Estaduais ns. 4.605/1984 (art. 4º, VI) e 2.722/1984 (art. 8º, IV).

A Lei n. 7.389/1980, define áreas de locais de interesse turístico, para os fins da Lei Federal n. 6.513, de 20.12.1977 inclusive no Município de Guaratuba. No art. 2º, declara:

“Art. 2º: O Poder Executivo baixará decreto especificando as condições para o aproveitamento das áreas e locais de que trata o artigo 1º desta lei, bem como para parcelamento das áreas declaradas como de interesse e proteção especial para os fins do disposto na Lei Federal n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, observados os seguintes aspectos e princípios:

a) Obrigatoriedade dos projetos de edificações se aterem à topografia local, não se permitindo movimentos de terra (cortes e aterros) que possam alterar predatoriamente as formas dos acidentes naturais da região;

b) Proibição de edificações nas pontas e pontais do litoral, estuários dos rios, áreas de mangues e numa faixa de 200m (duzentos metros) em torno das áreas lagunares e restingas;

c) Fixação de normas e padrões técnicos para as edificações, visando à preservação das condições adequadas à erosão, iluminação, e insolação naturais dos logradouros e espaços de uso coletivo, público e particular;

d) Proibição de edificações em encostas que tenham inclinação superior a 20% (vinte por cento);

e) Proibição de edificar qualquer tipo de construção antes de 80m (oitenta metros), contados perpendicularmente a partir da linha do preamar-médio de 1831;

f) Imposição de normas técnicas para as unidades de tratamento e descarga de esgoto sanitário, de águas servidas e deposição de lixo e detritos, principalmente no que respeita aos conjuntos hoteleiros e residenciais, devendo ser de exclusiva responsabilidade do empresário a construção desses equipamentos;

g) Fixação de normas técnicas para a captação e tratamento da água necessária ao abastecimento das edificações, tanto no que tange ao represamento dos mananciais, quanto à construção de obras de arte de vulto, inseridas na paisagem a preservar;

h) Fixação de normas para a preservação da flora natural através da preservação das espécies existentes e de estabelecimento de mecanismos de estímulo para a reconstituição florística nativa da região;

i) Definição de um sistema de circulação para as faixas litorâneas referidas nesta lei, que assegure o domínio predominante dos pedestres junto à orla, obedecendo basicamente dois preceitos: provimento de áreas para estacionamento de veículos e impedimento de vias de tráfego rápido nesses locais;

j) Preservação das florestas e de quaisquer formas de vegetação natural, dos estuários de rios, áreas lagunares, restingas, bem como da fauna existente;

l) Preservação de edificações e sítios de valor histórico artístico e arqueológico;

m) Estímulo e assistência às atividades regionais típicas, em especial as ligadas à pesca, turismo e artesanato;

n) Adoção de normas e padrões que disciplinam o processo de parcelamento do solo urbano através de lei de loteamentos;

o) Adoção de normas e padrões técnicos que disciplinem o processo de uso e ocupação do solo urbano através das leis de zoneamento e de edificações.

p) Obrigatoriedade dos projetos de edificações prevêem áreas internas próprias para estacionamento de veículos, de modo a contemplar, no mínimo, uma vaga por unidade habitacional;

Parágrafo único — A inobservância das condições baixadas nos termos deste artigo, sujeitará o infrator às seguintes sanções, sem prejuízo de outras estabelecidas em legislação pertinente:

I - Advertência, com prazo de 60 (sessenta) dias para regularização, nos casos de primeira infração;

II - Multa de 1 (um) a 100 (cem) vezes o valor de referência aplicável na região, por dia, tendo em vista a gravidade da infração, se não for efetuada a regularização, dentro do prazo estabelecido no item anterior;

III - Embargo e/ou demolição (1).”

Poderia a lei estadual disciplinar o desenvolvimento urbanístico de Municípios?

Nos termos do art. 30, I, compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, cabendo-lhes estabelecer um Plano Diretor para o desenvolvimento e expansão urbana.

Ocorre, porém, que esta competência não é exclusiva, subtendo-se à competência concorrente da União, dos Estados no que diz respeito às matérias discriminadas no art. 24, da CF/1988, mormente as descritas nos incisos VI, VII e VIII.

Assim é que compete à União disciplinar o parcelamento do solo urbano, regulando os loteamentos (art. 22, I). De igual modo incumbirá aos Estados exercer o controle ambiental para estabelecer os índices de poluição toleráveis.

À União e aos Estados competirá estabelecer as limitações urbanísticas (art. 24, I, da CF/1988), cabendo ao Município a competência supletiva, a teor do que dispõe o artigo 30, II, e a concorrente também, no que diz respeito à matéria do inciso VIII, “(promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano)”.

A competência da União limitou-se a estabelecer regras gerais, não excluindo a suplementar dos Estados (§ 2º). Inexistindo lei federal, exercerão os Estados a competência plena (§ 3º).

No caso dos autos, edifício de apartamentos já em fase final de acabamento, foi embargado pelo Conselho de Desenvolvimento Territorial do Litoral Paranaense. Poderia fazê-lo?

A egrégia Segunda Turma, no julgamento do RMS n. 1.112/PR, respondeu negativamente, afirmando na ementa:

“Licença para construir. Compete ao Poder Público Municipal expedir alvará para construir, não podendo o Estado embargar o que já foi construído, sob pena de afrontar o direito de propriedade dos impetrantes e autonomia do Município. Recurso ordinário conhecido e provido.”

Não participei deste julgamento no qual a egrégia Turma decidiu com apoio na tese da revogação da Lei Estadual n. 7.389/1980 pelo art. 52 do ADCT da Constituição Estadual.

Ao contrário, penso que o citado artigo não revogou a legislação estadual que não macula a autonomia municipal.

O uso do solo urbano, submete-se aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, com ênfase à defesa do meio ambiente e ao bem-estar coletivo. Por isso mesmo a Carta Magna submete à competência concorrente o estabelecimento das limitações urbanísticas, vale dizer, restrições ao uso da propriedade em benefício da coletividade. Particularizando, a defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública e mesmo do lazer. Os bens da natureza não podem ou não devem ser reservados a alguns, mas tanto quanto possível, a todos ou à maioria, respeitados os direitos da minoria.

A competência concorrente dos Estados na regulamentação do uso do solo urbano é constitucionalmente assegurada, e não revoga a lei especial a disposição genérica preservadora da autonomia municipal, em nenhum momento ameaçada pela lei estadual editada em conformidade com a competência concorrente estabelecida pela CF/1988.

Assim pensando, e pedindo vênias à egrégia Turma, nego provimento ao recurso, por não reconhecer direito líquido e certo à Impetrante.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 14.703 — RJ (2002/0049418-9)**

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Diversões Eletrônicas Alegria Total — Microempresa

Advogados: David Zangirolami e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Impetrado: Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: Estado do Rio de Janeiro

Procuradores: Maria de Lourdes Franco de Alencar Sampaio e outros

EMENTA

Administrativo — Máquinas de jogos eletrônicos — Perícia prévia.

1. É legítimo o exercício do poder de polícia na área de diversão pública.

2. Máquinas eletrônicas apreendidas para perícia prévia em cada unidade.

3. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto, Laurita Vaz e Francisco Peçanha Martins. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 06 de agosto de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora

Publicado no DJ de 09.09.2002

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Diversões Eletrônicas Alegria Total — Micro-empresa impetrou mandado de segurança contra o Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, que foi denegado, por unanimidade, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão assim ementado:

Ato de polícia. Máquinas eletrônicas. Jogo. Apreensão. Validade e eficácia.

1. A diversão proporcionada por máquina eletrônica — ‘copa 98’ — tem a natureza jurídica de contrato de jogo, bilateral, oneroso e aleatório, conforme definido na lei civil, e não se regula pelas normas gerais sobre desporto porque não tem a finalidade específica de obter recursos para atividades esportivas.

2. Os direitos à propriedade, ao trabalho e à livre iniciativa harmonizam-se com a respectiva função social e não constituem obstáculo à ordem pública e ao bem-estar coletivo.

3. Nesse aspecto, a apreensão dessas máquinas de diversão eletrônicas para perícia unitária, quando as suas características e as do jogo nelas inseridos insinuam provável nocividade ao interesse público, configura ato administrativo de polícia válido e eficaz, porque realizado com o intuito de assegurar a proteção aos seus usuários e, como consequência, de preservar a ordem

pública e o interesse coletivo, em harmonia com função social da propriedade, do trabalho e da livre iniciativa”

(fl. 204)

Inconformada, a impetrante interpôs recurso ordinário, alegando contrariedade aos arts. 1º, IV, 5º, XIII, XXII, 170, IV, da Constituição Federal, pleiteando, preliminarmente, antecipação de tutela, a partir de uma interpretação sistemática e analítica do art. 558 do CPC com o art. 5º, XXXV, da Carta Magna, para obstar que a autoridade coatora determine novas apreensões do maquinário.

Sustenta a recorrente a incompetência da Câmara Julgadora, porque os autos do **mandamus**, quando extintos os Grupos de Câmaras, foram redistribuídos automaticamente apesar de estarem vinculados a Relator anteriormente designado, ocorrendo, desta forma, prejuízo aos seus interesses, pois tratando-se de processo originário, com liminar deferida, o primitivo Relator apresentava-se mais apto para julgá-lo, por ter acompanhado seu processamento.

No mérito, aduz basicamente que o acórdão recorrido partiu de duas premissas falsas: a primeira, que se trata de equipamentos de jogos de azar, conclusão desmentida pela prova juntada aos autos, em sentido contrário; e a segunda, que a autoridade impetrada exerceu o poder de polícia para garantir a ordem pública, tese que não pode prevalecer diante do direito de propriedade, do direito de acesso ao devido processo legal e do direito ao livre exercício da propriedade, garantidos constitucionalmente.

Nas contra-razões, afirma o Estado do Rio de Janeiro, em resumo: ser descabida a concessão de tutela antecipada, devido à inexistência de dano irreparável; trânsito em julgado da questão relativa à incompetência da Câmara Julgadora; e que no caso de máquina caça-níqueis a perícia somente pode ser levada a efeito de modo individualizado e não por amostragem, como quer fazer crer a ora recorrente.

Opinou o Ministério Público Federal pelo improvemento do recurso, nos exatos termos do Ministério Público Estadual, defendendo a tese da legitimidade do exercício do regular poder de polícia pelo Estado e a necessidade da perícia individualizada em cada equipamento.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Preliminarmente, rejeita-se o pedido de tutela antecipada na instância especial, quando já certificada a ausência do direito líquido e certo.

Ainda preliminarmente, temos como impertinente a alegação de nulidade do processo pela não-manutenção do relator primitivo.

Tendo ocorrido mudança radical na estrutura organizacional do TJ/RJ, houve redistribuição dos feitos, procedimento que, em nenhum passo, agride a manutenção do juiz natural.

No mérito, temos como incontestável o exercício do poder de polícia pelo Estado do Rio de Janeiro, que, sem violar o direito de propriedade, exigiu perícia prévia de cada máquina eletrônica, porque somente assim poder-se-ia cancelar o correto funcionamento de cada uma delas, a fim de afastar dúvidas quanto à nocividade do seu uso.

Dentro deste quadro, não vejo violação alguma aos preceitos constitucionais apontados.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 15.095 — SE (2002/0083917-0)**

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Comercial de Ferragens Jaraguá Ltda

Advogado: José Rinaldo Feitoza Aragão

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Impetrados: Secretário de Fazenda do Estado de Sergipe
e Superintendente Geral da Receita do Estado de Sergipe

Recorrido: Estado de Sergipe

Procuradores: Antonio José de Oliveira Botelho e outros

EMENTA

Tributário. Mandado de segurança. ICMS. Aquisição de mercadorias em outro Estado da Federação. Regime de recolhimento antecipado sem substituição tributária. Art. 1º, I, do Decreto n. 18.536/1999. Previsão no art. 8º, XV, da Lei Estadual n. 3.796/1996. Inexistência de regulamentação autônoma. Arts. 146, inciso III, **a** e 155, § 2º, inciso XII, **a** e **b** da CF/1988. Ausência de lesão.

— A Lei Estadual n. 3.796/1996, do Estado de Sergipe, em seu art. 8º, XV, estabelece a antecipação tributária quando da entrada, no estabe-

lecimento comercial, de mercadorias ou bens provenientes de outro Estado da Federação, de modo que a disposição contida no art. 1º, I, do Decreto n. 18.536/1999 não desbordou dos estritos limites legais, o que lhe afasta a condição de regulamento autônomo.

— O Decreto n. 18.536/1999, em seu art. 1º, I, não cuida do instituto da substituição tributária, mas tão-somente da sistemática de antecipação do tributo, de modo que a matéria não está afeta à reserva de lei complementar. Ausência de lesão ao art. 155, § 2º, XII, **b** da CF/1988, que só exige, no âmbito do ICMS, Lei Complementar para a disciplina da substituição tributária.

— De igual modo, o art. 1º, I, do Decreto n. 18.536/1999, por não dispor sobre substituição tributária, não disciplinou caso de sujeição passiva indireta, de modo que não tem aplicação o disposto nos arts. 146, III, **a** e 155, § 2º, XII, **a**, da CF/1988, que exigem lei complementar para a fixação dos contribuintes do ICMS.

— Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

Publicado no DJ de 1º.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso ordinário constitucional interposto por Comercial de Ferragens Jaraguá Ltda, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição da República, em face de acórdão proferido pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe que denegou mandado de segurança preventivo impetrado contra ato do Secretário da Fazenda e do Superintendente-Geral

da Receita Estadual, consistente na cobrança antecipada do ICMS por ocasião da entrada de mercadoria adquirida em outro Estado da Federação.

O acórdão recorrido apresenta-se assim ementado:

“Mandado de segurança. Tributário. Ato do Secretário de Estado da Fazenda e do Superintendente-Geral da Receita. Determinação de recolhimento antecipado do ICMS, devido ao Regime Especial de Fiscalização. Inexistência de afronta à Constituição Federal. **Mandamus** conhecido. Segurança denegada.

— Inexiste direito líquido e certo, pois, o recolhimento antecipado de ICMS, a título de regime especial de fiscalização, é ato pautado dentro dos ditames da Legislação Tributária Federal e Estadual. Precedentes desta Corte.” (Fl. 111)

A Recorrente sustenta, em síntese, que o Decreto n. 18.536/1999, que instituiu o regime de antecipação tributária por ocasião da entrada de mercadorias adquiridas de outros Estados da Federação, é autônomo, por não encontrar substrato legal que o ampare, bem como vulnera normas constitucionais, como as contidas no art. 146, inciso III, alínea **a** e 155, § 2º, inciso XII, alíneas **a** e **b**. Sustenta, ainda, que a Lei Estadual n. 3.796/1996 estabeleceu regra de apuração mensal do ICMS, de modo que tal sistemática não poderia ter sido modificada pelo Decreto n. 18.536/1999, por força do princípio da hierarquia das normas jurídicas.

Em suas contra-razões, o Recorrido afirma, em resumo, que a antecipação tributária instituída pelo Decreto n. 18.536/1999 encontra respaldo no art. 8º, inciso XV, da Lei Estadual n. 3.796/1996, não se constituindo, portanto, em regulamentação autônoma. Da mesma forma, sustenta que a referida sistemática toma por base a previsão contida no art. 6º, do Decreto-Lei n. 409/1968, não ferindo, pois, a regra do art. 146 da Carta da República, que exige Lei Complementar para a fixação do fato gerador e dos contribuintes dos impostos nominados em seu texto.

Argumenta, ainda, o Recorrido que a Lei Complementar n. 87/1996, bem como a Lei Estadual n. 3.796/1996 estabelecem a possibilidade de que a apuração do imposto, vale dizer, o cotejo entre crédito e débito, seja feita por mercadoria ou serviço, em cada operação, afastando-se, assim, da sistemática geral de apuração do ICMS, que é periódica. Pugna, ao final, pela negativa de seguimento ao recurso, tendo em vista que o aresto recorrido encontra-se em sintonia com copiosa jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

No Parecer de fls. 187/190, o Ilustre Subprocurador-Geral da República opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Pretende a Recorrente não se submeter à sistemática de antecipação tributária instituída pelo Decreto n. 18.536/1999, quando da aquisição de mercadorias, provenientes de outros Estados da Federação, destinadas à revenda. Para tanto, alega, inicialmente, que o decreto em questão constitui-se em regulamento autônomo, vez que não há permissivo legal que autorize essa sistemática de cobrança. Aduz, também, que o regime de antecipação tributária instituído pelo decreto fere as normas do art. 146, III, alínea **a** e 155, § 2º, XII, **a** e **b** da Constituição da República, vez que estão a exigir lei complementar para definir contribuintes e dispor sobre substituição tributária relativamente ao ICMS. Alega, ainda, que a Lei n. 3.796/1996 estabeleceu, em seu art. 25, prazo de apuração mensal para o ICMS, previsão que não pode ser contrariada por disposição regulamentar.

Não merece reparos o v. acórdão recorrido.

Quanto ao primeiro argumento, é de se registrar que a Lei Estadual n. 3.796/1996, em seu art. 8º, inciso XV, estabelece a antecipação tributária quando da entrada, no estabelecimento comercial, de mercadorias ou bens provenientes de outro Estado da Federação. Acompanhe-se a redação do dispositivo invocado:

“Art. 8º Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

(...)

XV — da entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado, para efeito de exigência do imposto por substituição ou antecipação tributária observado o disposto no artigo 17 desta lei.”

O Decreto n. 18.537/1999, por sua vez, em seu art. 1º, inciso I, regulamentou, com base na disposição do art. 8º, inciso XV, da Lei n. 3.796/1996, o regime de antecipação tributária de que ora se cuida. A norma do Decreto tem a seguinte redação:

“Art. 1º Passam a vigorar com as seguintes redações, os dispositivos adiante indicados do regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n. 17.037/1997, de 26 de dezembro de 1997:

I - o **caput** e os §§ 1º, 4º e 7º do art. 276:

‘Art. 276 — Ficam sujeitas ao pagamento antecipado do ICMS:

I - as entradas interestaduais destinadas a comerciantes atacadista e/ou varejista de mercadorias:

a) constantes da Tabela I do Anexo X deste Regulamento, hipótese em que a antecipação tributária do imposto será integral e efetuada na primeira repartição fazendária estadual por onde transitar as mercadorias;

b) não indicadas na Tabela I do Anexo X, hipótese em que a antecipação tributária do imposto será parcial e efetuada no prazo fixado em ato do Secretário de Estado da Fazenda.”

Desta feita, tranqüila é a conclusão de que o Decreto n. 18.536/1999 nada mais fez do que regulamentar previsão contida em lei, de modo a não revestir-se da condição de regulamento autônomo. Afasta-se, assim, o primeiro argumento que fundamenta a pretensão recursal.

Quanto ao segundo argumento, não merece melhor sorte.

Cumprir registrar, neste momento, que a matéria debatida nos autos não se refere ao instituto da substituição tributária, como pode parecer à primeira vista. Cuida-se, em verdade, de discussão relativa, exclusivamente, à legalidade ou constitucionalidade do regime de antecipação tributária adotado pelo Decreto n. 18.536/1999.

Como é cediço, o instituto da antecipação tributária, que encontra previsão constitucional no art. 150, § 7º, da Carta da República, admite duas modalidades distintas, inclusive com regimes jurídicos próprios, vale dizer, a antecipação com substituição e a antecipação sem substituição tributária.

Na antecipação com substituição, que não é o caso dos autos, em se tratando de ICMS, a Constituição da República, em seu art. 155, § 2º, XII, alínea **b**, estabelece uma reserva de lei complementar, de modo que nenhum outro instrumento normativo poderá dispor sobre essa matéria. Já para o caso de antecipação sem substituição tributária, não se fez a mesma exigência, de modo que a questão remanesce no campo de incidência da lei ordinária.

O caso discutido nos autos é de antecipação sem substituição, portanto, matéria afeta à lei ordinária.

A Lei Estadual n. 3.796/1996, como visto, estabeleceu, em seu art. 8º, inciso XV, a possibilidade de cobrança antecipada do ICMS quando da entrada da mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente. Cumprida a exigência de lei, não há que se falar em lesão às disposições contidas nos arts. 146, III, alínea **a** e 155, § 2º, inciso XII, alíneas **a** e **b** da Carta da República, que exigem lei complementar para dispor sobre substituição tributária e sobre contribuintes.

O regime de antecipação de que ora se cuida não envolve substituição tributária, de modo a prescindir de lei complementar para a sua instituição. Da mesma

forma, por não dispor sobre um novo caso de sujeição passiva indireta, já que, repita-se, não envolve o fenômeno da substituição, também não reclama lei complementar necessária à sua veiculação.

Quanto ao terceiro argumento levantado pela Recorrente, o de que a Lei Estadual n. 3.796/1996 teria estabelecido, em seu art. 25, a apuração mensal do imposto, de modo a não admitir modificação por norma de inferior hierarquia, carece, igualmente, de razoabilidade.

A Recorrente confunde antecipação tributária com período de apuração do imposto, que é coisa completamente distinta. A antecipação encontra-se relacionada com o elemento temporal da obrigação tributária, vale dizer, com o momento de concretização da hipótese de incidência fiscal. A apuração é coisa diversa, relacionada com o procedimento de quantificação do tributo.

Tanto é assim que o elemento temporal da obrigação tributária é fator a ser fixado, necessariamente, por lei. Já o prazo de apuração, bem como a data de pagamento, são matérias afetas à legislação tributária, que, segundo o art. 96 do Código Tributário Nacional, abrange também os decretos. Assim, não apresentando a questão debatida nos autos qualquer relação com prazo de apuração, mas, tão-somente, com o elemento temporal da obrigação tributária de pagar o ICMS, é de se considerar impertinente o terceiro argumento veiculado pela Recorrente.

Em conclusão, estando o regime de antecipação ora discutido normatizado em lei e regulamentado por decreto, e não se exigindo para a sua instituição lei complementar, inexistente qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade que possa ser reconhecida nessa sistemática de cobrança.

Pelo exposto, *nego provimento ao recurso*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 276.768 — SP (2000/0091624-2)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Heloísa Pereira de A. Martins e outros

Recorrido: Adailton Donizete Ferreira

Advogado: Walter Veronessi

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Mandado de segurança. Adulteração do chassi. Regravação. Art. 141, § 2º, do CNT. Direito líquido e certo. Inexistência.

1. Os atos administrativos sujeitam-se à estrita legalidade.

2. Inexiste direito líquido e certo à regravação do chassi quando sua numeração original foi adulterada e impossível de ser vislumbrada.

3. A administração não pode ser obrigada a emprestar licitude ao que é intrinsecamente ilícito.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 6 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

Publicado no DJ de 15.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Cuida-se de recurso especial fundado no permissivo da letra **a**, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo impugnando acórdão do Tribunal de Justiça Estadual, que manteve a segurança concedida no primeiro grau pelos motivos assim resumidos na ementa:

“Direito Administrativo e de Trânsito. Número do chassi do veículo adulterado. Remarcação. Admissibilidade. Propriedade do veículo comprovada. Necessidade de proceder-se novo registro do veículo. Mandado de segurança concedido. Apelação e reexame necessário não providos” (Fl. 73).

Alega a recorrente violação frontal ao art. 114 e seu § 2º da Lei n. 9.503/1997, uma vez que o acórdão recorrido, apesar de reconhecer que houve adulteração do número do

chassi, bem como que o número do Renavam e placa pertenciam a outra viatura, determinou a “remarcação” do chassi a fim de possibilitar a transferência almejada.

Sem contra-razões, o recurso foi admitido na origem e remetido a esta Corte, dispensando-se o parecer do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Adailton D. Ferreira adquiriu, em 20.08.1993, um veículo VW Brasília, ano de 1973, placa UY-8559 de Guapiara/SP. Ao requerer a transferência para seu nome naquele mesmo mês, em Sorocaba/SP onde reside, o pedido foi indeferido em razão da vistoria realizada constar adulteração do chassi sendo lavrado Boletim de Ocorrência no dia 26 daquele mesmo mês com conseqüentes apreensão e auto de depósito do veículo, instaurando-se o competente inquérito policial para apuração dos fatos concernentes à referida adulteração.

Em 05.06.1996, o inquérito policial foi arquivado por determinação do Juiz da 3ª Vara Criminal de Sorocaba, à míngua de provas suficientes para propositura da ação penal, que acolheu o pedido de liberação do veículo em favor do requerente negando, porém, o da remarcação do chassi o qual deverá ser postulado na esfera administrativa (fl. 9).

Em janeiro de 1997, o peticionário reiterou tal pedido perante o Diretor da 19ª Ciretran de Sorocaba e, não obtendo êxito, impetrou mandado de segurança.

A sentença concedeu a ordem requerida, determinando a remarcação do veículo para possibilitar a transferência pretendida, sendo confirmada pelo Tribunal de Justiça, daí o presente recurso especial manifestado pela Fazenda Estadual.

Como acentua a recorrente, o acórdão impugnado, a despeito de reconhecer a adulteração do chassi, que o número do Renavam e a placa pertenciam a outros veículos, determinou fosse feita a “remarcação”. Com efeito, diz o acórdão:

“(…). É certo que o número do chassi foi adulterado e aquele indigitado na ficha de montagem BA-008079 (fls. 13 e 14) não foi cadastrado. Também não há dúvida de que tanto o número do Renavam (Registro Nacional de Veículos Automotores) — 405200099 quanto às placas ZN-0959 e UY-8559 pertencem a outros veículos, segundo consta dos documentos de fls. 23, 24, 25 e 26. Todavia, (...)” (Fl. 74).

A Lei n. 9503/1997 dispõe:

“Art. 114 — O veículo será identificado obrigatoriamente por caracteres gravados no chassi ou no monobloco, reproduzido em outra partes, conforme dispuser o Contran.

“§ 1º — A gravação será realizada pelo fabricante ou montador, de modo a identificar o veículo, seu fabricante e as suas características, além do ano de fabricação, que não poderá ser alterado.

“§ 2º — As regravações, quando necessárias, dependerão de prévia autorização da autoridade executiva de trânsito e somente serão por estabelecimento por ele credenciado, mediante a comprovação de propriedade do veículo, mantida a mesma identificação anterior, inclusive o ano de fabricação.”

Entendo que a lei não possui palavras inúteis. Segundo o Moderno Dicionário da Língua Portuguesa — Michaelis, o prefixo “re” indica repetição, recomençar, redizer; assim, “regravar” significa “tornar a gravar”. No caso em espécie, a “regravação” do chassi — que não pode ser considerada como atribuição de outros números — jamais poderia ser realizada porque a numeração primitiva era absolutamente ilegível devido à sua patente adulteração.

Ora, se o próprio acórdão hostilizado admitiu a adulteração numérica do chassi, que o número do Renavam e as placas pertenciam a outros veículos, induzindo à conclusão lógica da ilicitude subjacente, pouco importa que o impetrante tivesse agido de boa-fé.

A verdade é que, quando necessária, a “regravação” depende de prévia autorização da autoridade administrativa do trânsito (§ 2º do art. 114 acima transcrito). Destarte, considerando a estrita legalidade a que se sujeitam os atos administrativos, não há como admitir-se seja a Administração compelida a tornar lícito o que é intrinsecamente ilícito, atribuindo nova seqüência numérica ao chassi devido à impossibilidade de efetuar a “regravação”, abrindo sério precedente num país assolado por incrível estatística de roubos ou furtos de carros.

A meu ver, inexistente norma legal asseguradora do direito líquido e certo do impetrante, capaz de viabilizar a impetração de mandado de segurança, tanto mais quando ele dispunha de outros meios legais para ressarcir-se do prejuízo sofrido, dos quais não se socorreu oportunamente. Valendo observar o tempo transcorrido desde o momento em que teve conhecimento de que fora vítima de uma fraude, os percalços para obter a liberação do veículo e a impetração da ação mandamental.

À vista do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, denegando a segurança.

RECURSO ESPECIAL N. 326.841 — PA (2001/0077351-2)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Boss Indústria e Comércio S/A

Advogados: Rosa Maria Moraes Bahia e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: José Luiz Gomes Rolo e outros

EMENTA

Tributário. Finsocial. Cofins. Compensação. Comprovação dos créditos. Desnecessidade. Tributos sujeitos a lançamento por homologação. Art. 74, da Lei n. 9.430/1996, com redação dada pela Lei n. 10.637/2002.

1. “A compensação no âmbito do lançamento por homologação não necessita de prévio reconhecimento da autoridade fazendária ou de decisão judicial transitada em julgado, para a configuração da certeza e liquidez dos créditos”, REsp n. 129.627/PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 25.10.1999.

2. A averiguação da liquidez e certeza dos créditos e débitos compensáveis é da competência da Administração Pública que fiscalizará o encontro de contas efetuado pelo contribuinte, providenciando a cobrança de eventual saldo devedor.

3. A lei que rege a compensação é aquela vigente no momento em que se realiza o encontro de contas e não aquela em vigor na data em que se efetiva o pagamento indevido. Precedentes.

4. A nova redação do § 2º, do art. 74, da Lei n. 9.430/1996, conferida pelo art. 49, da Lei n. 10.637/2002, dispõe que “a compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.” Isso quer dizer que o procedimento compensatório realizado pelo contribuinte não extingue o crédito senão depois de homologado, expressa ou tacitamente, pelo órgão fiscalizador competente que é a Secretaria da Receita Federal, o que evidencia ser desnecessária a liquidez e certeza dos créditos que o Judiciário entende serem compensáveis.

5. Recurso especial do particular provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

Publicado no DJ de 17.11.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial interposto por Boss Indústria e Comércio S/A, com fundamento no art. 105, alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, que desafia acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, embora tenha entendido inconstitucionais as majorações realizadas na base de cálculo do Finsocial, excluiu “o direito à restituição, mediante compensação, eis que não há nos autos prova do recolhimento indevido da contribuição (...)” (fl. 43).

Sustenta a Recorrente, em síntese, que não se discute nos autos a compensação de valores exatos, mas apenas o direito de compensar, de modo que é desnecessária a juntada de documentos que certifiquem a liquidez e a certeza do crédito. Sustenta, ainda, dissídio pretoriano entre o acórdão recorrido e diversos precedentes desta Corte de Justiça, bem como de Tribunais Regionais Federais.

Às fls. 79/87, o Recorrente atravessa nos autos petição de aditamento e ratificação ao recurso especial, oportunidade em que traz à colação diversos julgados com o objetivo de comprovar a divergência jurisprudencial invocada no recurso anteriormente interposto.

Em contra-razões, o Recorrido sustenta, preliminarmente, a ausência dos pressupostos de admissibilidade do Recurso. No mérito, alega ser necessária a comprovação da liquidez e certeza dos créditos, sem o que não se pode admitir a compensação. Pugna, ao final, pela manutenção do acórdão recorrido por estar em harmonia com o entendimento esposado por esta Corte de Justiça.

Admitido o recurso especial na origem, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): O apelo extremo tem fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Esta Corte de Justiça já se manifestou no sentido de admitir a figura do prequestionamento em sua forma implícita, o que torna desnecessária a expressa menção do dispositivo legal tido por violado. Em contrapartida, torna-se imprescindível que a matéria tenha sido objeto de discussão na instância **a quo**, configurando-se, assim, a existência do prequestionamento implícito.

Na hipótese dos autos, a compensação foi debatida no Tribunal de origem, embora sem menção expressa a qualquer dispositivo de lei. Acrescente-se que o tribunal **a quo** entendeu necessária a comprovação da liquidez e certeza dos créditos a compensar, razão pela qual restou prejudicada qualquer análise quanto aos comandos normativos que autorizam a compensação tributária. Admitido o prequestionamento implícito, conheço do recurso pela alínea **a**.

Não conheço do recurso, entretanto, pela alínea **c**. A Recorrente deixou de cumprir as formalidades exigidas pelo art. 541, parágrafo único, do Código de Ritos e 255 do RISTJ, no que pertine à comprovação do dissídio jurisprudencial. Limitou-se à transcrição dos acórdãos confrontados, sem proceder ao cotejo analítico, à indicação do repositório oficial de jurisprudência ou, mesmo, à juntada aos autos de cópia integral e autenticada dos precedentes invocados, o que só foi feito na petição de fls. 79/87, intitulada como aditamento e ratificação do recurso especial.

Ainda que se admitisse não configurada a preclusão consumativa, o aditamento ao recurso especial não poderia ser conhecido. A petição de fls. 79/87 é extemporânea, eis que juntada aos autos mais de um mês após o encerramento do prazo recursal.

Admitido o recurso, tão-somente pela alínea **a** do permissivo constitucional, passo à sua análise.

Discute-se a possibilidade de reconhecimento do direito à compensação ainda que não comprovada a liquidez e certeza dos créditos a compensar. O acórdão recorrido, embora tenha declarado a inconstitucionalidade das majorações da base de cálculo do Finsocial, entendeu impossível deferir-se a compensação ante a falta de comprovação dos créditos por parte do recorrente.

Essa questão não é nova nesta Corte de Justiça. Pacificou-se o entendimento segundo o qual, relativamente aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, cabe ao Judiciário, tão-somente, declarar o direito à compensação, reservando-se a

apuração dos créditos à fase de liquidação de sentença ou através de procedimento de fiscalização da própria Secretaria da Receita Federal, que não só pode como deve, dentro do prazo que lhe faculta a lei, auditar a compensação levada a cabo pelo contribuinte.

Consolidou-se, nesses termos, o entendimento de que “a compensação demanda provas e contas, mas nada impede que, sem estas, se declare que o recolhimento é indevido e compensável, porque a discussão até essa fase não desborda das questões de direito.” (STJ — Segunda Turma, REsp n. 78.270, Rel. Min. Ari Pargendler, RDA 205/269 — 272)

No mesmo sentido, inúmeros são os precedentes:

“Processual Civil e Tributário — Contribuição para o Finsocial — Inconstitucionalidade (REsp n. 150.764-1) — Compensação — Contribuição para financiamento da seguridade social — Cofins — Averiguação da liquidez e certeza dos créditos — Competência da administração pública — Lei n. 7.689/1988, art. 9º — Precedentes.

Declarada inconstitucional a Contribuição para o Finsocial criada pelo art. 9º da Lei n. 7.689, de 1988 (RE n. 150.764-1), os valores recolhidos a esse título, após serem corrigidos monetariamente desde a data do pagamento, são compensáveis com aqueles devidos a título de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social — Cofins; não quanto àqueles devidos, a título de contribuição para o PIS, Contribuição Social sobre o Lucro, Contribuição Previdenciária e Impostos (EREsp n. 170.166/CE).

A averiguação da liquidez e certeza dos créditos e débitos compensáveis é da competência da Administração Pública que fiscalizará o encontro de contas efetuado pelo contribuinte, providenciando a cobrança de eventual saldo devedor.

Recurso especial conhecido e provido parcialmente.” (Original sem grifos).

(STJ — Segunda Turma, REsp n. 234.688/PE, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. à unanimidade em 18.04.2003, DJ de 26.05.2003);

“Processual Civil e Tributário — Contribuição previdenciária — Administradores, autônomos e avulsos — Leis ns. 7.787/1989 (art. 3º, I) e 8.212/1991 (art. 22, I) — Inconstitucionalidade — Compensação — Folha de salários — Possibilidade — Prescrição — Transferência do encargo — Inocorrência — Art. 89 da Lei n. 8.212/1991, alterado pela Lei n. 9.032/1995, e 166 CTN — Inapli-

cabilidade — Limitação percentual — Afastamento — Leis ns. 8.212/1991, 9.032/1995 e 9.129/1995 — Inclusão dos índices oficiais — Leis ns. 8.177/1991 e 8.383/1991 — Liquidez e certeza dos créditos e débitos — Verificação — Competência da Administração Pública — Precedentes.

— Declarada a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária a cargo da empresa sobre os pagamentos a administradores, autônomos e empregados avulsos, os valores recolhidos a esse título são compensáveis com a contribuição da mesma espécie incidente sobre a folha de salários, independentemente do cumprimento da exigência contida na Lei n. 9.032/1995 e no art. 166 do CTN, por isso que não se trata de tributo indireto, inocorrendo o fenômeno da repercussão ou repasse.

(...)

— O exame da liquidez e certeza dos créditos e débitos a serem compensados é da competência exclusiva da Administração Pública, que providenciará a cobrança de eventual saldo devedor, independente de lançamento fiscal.

— Recurso especial não conhecido” (sem grifos no original).

(STJ — Segunda Turma, REsp n. 10.476/PB, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. à unanimidade em 20.03.2003, DJ de 26.05.2003);

“Recurso especial. INSS. Tributário. Contribuição previdenciária sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos. Compensação. Possibilidade. Repercussão. Prova. Desnecessidade. Juros de mora. Artigos 1.062 e 1.536, § 2º, do Código Civil e 216 do Código de Processo Civil. Ausência de prequestionamento.

A contribuição para a seguridade social, exigida sobre pagamentos efetuados a autônomos, avulsos e administradores, não comporta, por sua natureza, transferência do respectivo ônus financeiro, uma vez que se confundem, na mesma pessoa, o contribuinte de direito e de fato.

“A compensação no âmbito do lançamento por homologação não necessita de prévio reconhecimento da autoridade fazendária ou de decisão judicial transitada em julgado, para a configuração da certeza e liquidez dos créditos” (REsp n. 129.627/PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 25.10.1999).

Recurso especial do INSS não conhecido” (sem grifos no original). (STJ — Segunda Turma, REsp n. 247.962/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, j. à unanimidade em 22.10.2002, DJ de 19.05.2003).

“Tributário. Contribuição previdenciária. Administradores e autônomos. Leis ns. 7.787/1989 (art. 3º, I) e 8.212/1991 (art. 22, I). Inconstitucionalidade. Compensação. Possibilidade. Liquidez e certeza dos créditos. Súmula n. 83/STJ. Prazo prescricional. Limites percentuais. Ausência de interesse. Transferência do encargo. Inocorrência. Precedentes.

Declarada a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária a cargo da empresa sobre os pagamentos a administradores, autônomos e empregados avulsos, os valores recolhidos a esse título são compensáveis com contribuição da mesma espécie incidente na folha de salários.

A compensação de tributos e/ou contribuições federais pagos indevidamente ou a maior é direito do contribuinte assegurado por lei, incumbindo à administração fiscalizar as contas apresentadas pelo contribuinte, inclusive quanto à liquidez e certeza dos créditos a serem compensados (Súmula n. 83/STJ).

Pacífico o entendimento do STJ pelo prazo prescricional de ação para haver a restituição ou compensação de tributo indevido lançado por homologação.

A contribuição social de que se trata não tem natureza de tributo indireto, incoorrendo o fenômeno da repercussão ou repasse.

Não conheço do recurso” (original sem grifos).

(STJ — Segunda Turma, REsp n. 190.939/SE, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. à unanimidade em 12.06.2001, DJ de 21.10.2002);

“Mandado de segurança — Tributário — Pretendido reconhecimento do direito de compensação e restituição de indébito — Substituição tributária — Não-apreciação pela corte de origem por entender ausente prova pré-constituída — Recurso ordinário — Alegação no sentido de decisão **extra petita** e violação ao art. 10 da LC n. 87/1996 e 150, § 7º, da CF/1988 — Recurso ordinário provido, em parte, tão-só para reconhecer o direito à compensação.

(...)

— Os valores apresentados pela recorrente não merecem ser considerados, uma vez que, na via do mandado de segurança, cumpre ser reconhecido tão-somente o direito à pretendida compensação, ressalvado que a constatação da liquidez e certeza dos créditos e débitos que poderão ser compensados ficará a cargo da Administração.

— Recurso ordinário provido, em parte.

— Decisão por unanimidade de votos” (sem grifos no original).

(STJ — Segunda Turma, ROMS n. 10.476/PB, Rel. Min. Franciulli Neto, j. à unanimidade em 13.11.2001, DJ de 25.02.2002).

Registre-se que a ação promovida pelo Recorrente não objetiva a apuração dos créditos a serem compensados (matéria eminentemente administrativa ou, quando muito, de liquidação de sentença), mas à declaração do direito de utilizá-los. Busca-se, apenas, a declaração do direito à compensação, bem como a determinação judicial dos critérios a serem utilizados no procedimento compensatório, tais como, **v.g.**, prazo prescricional, aplicação da taxa Selic, possibilidade de compensação com outros tributos administrados pela SRF, dentre outros.

Essa Corte de Justiça já reconheceu, por diversas vezes, que o instrumento para a compensação de créditos tributários oriundos de tributos sujeitos a lançamento por homologação é a autocompensação ou compensação por homologação. Ocorre que a Administração Fazendária não reconhece esse procedimento. Desse modo, o contribuinte titular de créditos tributários contra a Fazenda Pública vê-se obrigado a provocar o Poder Judiciário, para que lhe seja assegurado esse direito, salvaguardando-o de atitudes punitivas do Fisco.

Assim, é preciso ressaltar que, uma vez garantido o direito à utilização dos créditos, independentemente da apuração dos respectivos valores, mantém-se resguardado à Administração Pública o pleno direito de fiscalizar o contribuinte e verificar a regularidade dos créditos, apurando o **quantum** a ser compensado e lançando de ofício o que considerar resultante de erro na apuração.

A função do Judiciário em tais casos não é a de apurar o **quantum** a ser compensado — como entendeu o acórdão recorrido, vez que, estando o tributo sujeito à homologação do Fisco, essa matéria é de índole inteiramente administrativa. À semelhança da hipótese dos autos, o contribuinte busca nas ações de compensação de tributos sujeitos a lançamento por homologação precaver-se contra atitudes punitivas do Fisco quando da realização do procedimento compensatório — direito subjetivo seu no âmbito da autocompensação. Objetiva o contribuinte, também, a fixação judicial dos critérios a serem utilizados, no que diz respeito a prescrição, correção monetária etc. Neste sentido, trago à colação o seguinte julgado:

“Processual Civil — Mandado de segurança — Compensação — Contribuição previdenciária para autônomos e administradores — Inconstitucionalidade (RE n. 166.772/RS e ADIn n. 1.102/DF) — Contribuição previdenciária sobre a folha de salários — Requerimento administrativo — Dispensabilidade (EREsp n.

98.446/RS, DJ de 30.06.1997) — Certeza e liquidez dos créditos — Apuração — Súmula n. 213/STJ — Precedentes.

(...)

— O procedimento para compensação, não obstante a natureza administrativa, pode ser decidido judicialmente, independentemente do tipo de ação; o juiz pode declarar que o crédito é compensável, decidindo desde logo os critérios para compensação, cabendo à Administração controlar e fiscalizar a liquidez e certeza dos créditos compensáveis.

— Recurso conhecido e provido” (sem grifos no original).

(STJ – Segunda Turma, REsp n. 162.427/BA, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 07.08.2000).

Em conclusão, pode-se desenvolver o seguinte raciocínio: transitado em julgado, o acórdão que declare ser o crédito compensável servirá de título executivo para a compensação no âmbito do lançamento por homologação. Vale dizer, ao invés de antecipar o pagamento dos tributos devidos, o sujeito passivo da obrigação tributária registrará na escrita fiscal o encontro de créditos e débitos. O Fisco terá o prazo do artigo 150, § 4º, do CTN para eventual lançamento de ofício, por diferenças de compensação a maior.

Se necessário fosse a certeza e a liquidez dos créditos a serem compensados — no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação — perderia sentido o teor da Súmula n. 213 do STJ, que diz ser o mandado de segurança “ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.”

A apuração da liquidez e certeza dos créditos não se resume à prova documental. É imprescindível a prova técnica. A demonstração contábil surge, assim, como condição necessária ao cotejo entre os créditos e débitos a serem compensados. Se a aferição da liquidez e certeza do crédito demanda prova pericial, forçoso concluir que, não havendo prova pré-constituída, tornar-se-ia o mandado de segurança meio inidôneo à declaração do direito à compensação tributária. A única conclusão possível em face do enunciado sumular é a de que a declaração do direito à compensação — de tributos sujeitos a lançamento por homologação, independe da liquidez e certeza dos créditos a compensar.

Esse entendimento foi reforçado pela nova redação dada ao art. 74, da Lei n. 9.430/1996, pelo art. 49 da Lei n. 10.637/2002 (conversão da MP n. 66/2002 — Minirreforma Tributária), que passou a apresentar a seguinte redação:

“Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restitui-

ção ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele órgão.

§ 1º A compensação de que trata o **caput** será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação”.

O art. 74, da Lei n. 9.430/1996, antes da alteração empreendida pelo art. 49 da MP n. 66/2002 — posteriormente, art. 49, da Lei n. 10.637/2002, adotava a seguinte redação:

“Art. 74. Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração”.

Como se observa, na sistemática estabelecida pela redação original do art. 74, da Lei n. 9.430/1996, a faculdade de autorizar a compensação tributária era outorgada à Fazenda Pública, que poderia, a partir de um juízo de conveniência e oportunidade, deferir ou não o requerimento formulado pelo contribuinte.

Já a nova redação conferida ao art. 74 estabelece que a compensação entre tributos e contribuições federais não será mais objeto de requerimento à Secretaria da Receita Federal, mas de declaração a esse mesmo órgão, devendo o contribuinte especificar os créditos utilizados e os respectivos débitos compensados. Houve, assim, mudança substancial na sistemática de compensação. A faculdade antes deferida à Fazenda Pública de autorizar ou não o procedimento compensatório, foi transferida ao contribuinte, que decidirá *o que e quando* compensar, ficando submetido à futura ação homologatória da autoridade fiscal.

A nova redação do § 2º, do art. 74, da Lei n. 9.430/1996 dispõe que “a compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação”. Isso quer dizer que o procedimento compensatório realizado pelo contribuinte não extingue o crédito senão depois de homologado, expressa ou tacitamente, pelo órgão fiscalizador competente que é a Secretaria da Receita Federal. Isso evidencia ser desnecessária a liquidez e certeza dos créditos que o Judiciário entende serem compensáveis.

Assim, a compensação de créditos de natureza tributária, ainda que não tenham sido liquidados, não traz qualquer prejuízo à administração fazendária que poderá, dentro do prazo que lhe faculta a lei — § 4º, do art. 150, do CTN — auditar

o procedimento compensatório realizado pelo contribuinte, lançando de ofício qualquer diferença compensada a maior.

Não há dúvida quanto à aplicação dessa nova sistemática de compensação à hipótese dos autos. Esta Corte de Justiça pacificou o entendimento de que a lei que rege o procedimento de compensação é a vigente no momento em que se realiza o encontro de contas. Nesse sentido, trago à colação julgado da Primeira Seção desta Corte que, apreciando os Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 164.522/SP, Relator o Ministro Ari Pargendler, assim se manifestou:

“Tributário. Compensação. Transferência do encargo financeiro. Artigo 89 da Lei n. 8.212, de 1991, na redação que lhe deu a Lei n. 9.032, de 1995.

A lei aplicável, em matéria de compensação, é aquela vigente na data do encontro de créditos e débitos e, por isso, a partir da respectiva publicação, a restrição nela imposta incide e é eficaz; considerando que a sentença é proferida com efeitos a partir da propositura da ação, isso se reflete em relação às demandas ajuizadas antes da Lei n. 9.032 de 1995, do seguinte modo: a) todos os valores compensáveis até a data da respectiva publicação estão a salvo da exigência da prova da não-repercussão; b) os créditos remanescentes que, para o efeito da compensação, dependam de débitos a vencer posteriormente, estão sujeitos aos ditames do artigo 89, da Lei n. 8.212, de 1991, na redação que lhe deu a Lei n. 9.032, de 1995.” (Original sem grifos)

(STJ — Primeira Seção, EREsp n. 164.522/SP Rel. Min. Ari Pargendler, j. por maioria em 10.03.1999, DJ de 14.02.2000).

As Turmas que compõem a Primeira Seção continuam a dar aplicação a esse entendimento, conforme os seguintes precedentes que colaciono:

“Tributário. Compensação. Finsocial. PIS. Cofins. Possibilidade. Correção monetária.

1. Os tributos devidos e sujeitos à administração da Secretaria da Receita Federal podem ser compensados com créditos referentes a quaisquer tributos ou contribuições administrados por aquele órgão. (Lei n. 9.430/1996, art. 74 c.c. a redação da Lei n. 10.637/2000).

2. Em virtude da alteração legislativa, forçoso concluir que tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, é possível a compensação, ainda que o destino de suas respectivas arrecadações não seja o mesmo.

3. A lei que rege o procedimento de compensação tributária é aquela em vigor na data do encontro dos créditos e débitos que se pretende compensados. Precedentes.

4. A correção monetária na compensação de tributos deve respeitar o seguinte: a) o IPC, no período de janeiro/1989 a janeiro/1991; b) o INPC de fevereiro/1991 a dezembro/1991; e c) a partir de janeiro/1992, a aplicação da UFIR, nos moldes estabelecidos pela Lei n. 8.383/1991, até janeiro de 1996, a partir de quando deverá incidir a Taxa Selic. O índice de janeiro/1989 é de 42,72% (REsp n. 43.055/SP DJ de 18.12.1995).

5. Recurso especial provido.” (Sem grifos no original)

(STJ — Primeira Turma, REsp n. 487.173/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. à unanimidade em 05.08.2003, DJ de 09.09.2003).

“Processual Civil. Tributário. Embargos de declaração. Omissão. Contribuição previdenciária. Administradores, autônomos e avulsos. compensação. Limites percentuais. Leis ns. 9.032/1995 e 9.129/1995. Inaplicação.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contrariedade ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC.

2. A contribuição previdenciária a cargo da empresa sobre os pagamentos a administradores, autônomos e empregados avulsos, possui natureza de tributo direto, sendo admissível a repetição do indébito e a compensação, sem a exigência de prova do não-repasse.

Precedentes do STJ.

3. *‘Diante de uma situação de normalidade, ou seja, tendo em vista exaço válida perante o ordenamento jurídico, a lei aplicável, em matéria de compensação tributária, será aquela vigente na data do encontro de créditos e débitos, pois neste momento é que surge efetivamente o direito à compensação, de acordo com os cânones traçados pelo Direito Privado a tal instituto, que devem ser respeitados pela lei tributária, ex vi do art. 110 do Código Tributário Nacional. Diversa será, no entanto, a situação quando houver declaração de inconstitucionalidade do tributo, tendo em vista que tal declaração expunge do mundo jurídico a norma, que será considerada inexistente ab initio. Sua nulidade contamina, ab ovo, a exaço por ela criada, que será considerada, a partir da declaração de inconstitucionalidade, devido aos seus efeitos erga omnes, como se nunca tivesse existido. O direito à restituição do indébito que emana deste ato de pagar tributo inexistente dar-se-á, na espécie, por meio de compensação tributária, não podendo, em hipótese alguma, ser limitado, sob pena de ofensa ao primado da supremacia da Constitui-*

ção. E isso porque, o limite à compensação, seja de 25% ou 30%, torna parte do pagamento válido, concedendo, assim, eficácia parcial à lei nula de pleno direito. Embargos de divergência rejeitados.’ (REsp n. 189.052/SP, Relator Ministro Paulo Medina, julgado em 12.03.2003)

4. Embargos rejeitados.” (Sem grifos no original)

(STJ — Primeira Turma, EDcl no REsp n. 415.523/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. à unanimidade em 25.03.2003, DJ de 07.04.2003);

“Tributário — Compensação — Créditos e débitos de naturezas diversas.

1. A jurisprudência desta Corte estabeleceu que, em matéria de compensação, deve vigor a lei existente no momento do encontro de contas.

2. Afastado o rigor formal da Lei n. 8.383/1991, permitiu a Lei n. 9.430/1996 a compensação de tributos de espécies distintas.

3. O Judiciário não efetua a compensação, declarando apenas que são o crédito e o débito compensáveis.

4. Recurso especial conhecido e provido”.

(STJ — Segunda Turma, REsp n. 240.767/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, j. à unanimidade em 12.09.2000, DJ de 09.10.2000).

Em conclusão, sendo a lei vigente à época do encontro de contas a que deve reger o procedimento compensatório, e tendo em vista que a compensação postulada pela Recorrida ainda não foi concretizada, é de rigor a aplicação, à hipótese dos autos, da Lei n. 9.430/1996, alterada pela Lei n. 10.637/2000, por ser a norma vigente no momento em que se dará o encontro entre créditos e débitos.

Pelo exposto, *dou provimento ao recurso especial do contribuinte.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 392.308 — RS (2001/0142858-6)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Luiz Cláudio Portinho Dias e outros

Recorrida: Tricomac Com. de Máquinas e Fios Ltda

Advogado: Clovis Roberto de Freitas

EMENTA

Processual Civil — Execução fiscal — Exceção de pré-executividade — Necessidade de comprovação, de plano do óbice ao prosseguimento da execução.

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto e Francisco Peçanha Martins. Ausentes os Srs. Ministros Laurita Vaz e Paulo Medina.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora

Publicado no DJ de 07.10.2002

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que confirmou decisão que acolheu parcialmente exceção de pré-executividade, em execução fiscal, diante da irregularidade do título executivo, porque nele constante valores relativos a juros de mora, indevidos na hipótese, por tratar-se de empresa falida, nos termos do art. 26 do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Alega o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fulcro na letra **a** do permissivo constitucional, violação ao art. 16, § 2º, da Lei n. 6.830/1980 e ao art. 26 do Decreto-Lei n. 7.661/1954, além de dissídio jurisprudencial, em torno das teses quanto à impossibilidade da utilização de exceção de pré-executividade em execução fiscal e ao cabimento de juros de mora contra a massa falida.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Não conheço do especial em relação à letra **c** do permissivo constitucional, porque não caracterizado o dissídio jurisprudencial.

Também por ausência de prequestionamento não conheço do especial com respaldo na alínea **a** em relação aos arts. 596 do CPC, 134 do CTN e art. 1º da Lei n. 6.830/1980, tendo aplicação a Súmula n. 356/STF.

Prequestionados os arts. 568 do CPC e 135 do CTN, passo ao exame do recurso, que versa sobre interessante aspecto processual, sem referência legislativa clara, porém com suporte em estudos doutrinários e aceitação pelo direito pretoriano.

Com efeito, a exceção de pré-executividade é aceita, embora com cautela, pelos Tribunais, porém em sede de execução fiscal, sofre limitação expressa, visto que o § 3º do art. 16 da Lei de Execução Fiscal determina expressamente que a matéria de defesa deve ser argüida em embargos.

Doutrinariamente, tem-se entendido que, inobstante a sistemática processual só contemplar a via de embargos para oferecimento da defesa, comporta a regra exceções para permitir, sem embargos e sem penhora, alegar-se na execução:

a) matérias de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, tais como: pressupostos processuais, condições de ação e outros, chamando-se tais defesas de objeção de pré-executividade;

b) matérias argüidas pela parte, e que dispensam dilação probatória para serem examinadas e compreendidas, tais como: pagamento, decadência, retenção por benfeitorias e outros.

O certo é que a exceção de pré-executividade atende ao interesse público quanto à economia processual, desde que dispense dilação probatória.

A jurisprudência do STJ apresenta-se divergente, na medida em que se trate de execução de título extrajudicial regida pelo CPC ou de execução fiscal regida pela LEF, Lei n. 6.830/1980, que traz previsão específica no seu art. 16, como já visto.

Assim, temos arestos a favor da oposição de embargos em execução por título extrajudicial:

Civil e Processual. Execução por título extrajudicial. Seguro. Cobertura. Embargos. Alegação posterior de prescrição. Possibilidade. CC, Art. 162. Prescrição parcial.

É possível alegar-se a prescrição em execução por título extrajudicial mesmo após o oferecimento de embargos que silenciam sobre o tema, aventa-do, contudo, ainda antes de proferida a sentença de 1º grau.

Prescrição incidente a lesão decorrente de acidente ocorrido em 1988, em face da natureza da lesão (amputação parcial de membro), cuja nature-

za evidenciava, por si só, o pleno conhecimento do segurado acerca da imediata incapacitação da sua capacidade laboral. Situação diversa no tocante à disacusia, eis que a documentação pretérita ao ajuizamento da ação, a par de não deixar indubitosa a ciência quanto à incapacidade, por não se conhecer o resultado da ação previdenciária antes movida pelo autor e os fatos subsequentes, também foi rejeitada pela executada, que requereu a realização de perícia médica, no curso da presente demanda, para fins de constatação da lesão.

Recurso conhecido em parte e parcialmente provido.

(REsp n. 260.470/SP; Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, maioria, DJ de 30.04.2001)

Execução por título extrajudicial. Exceção de pré-executividade. Falta de liquidez, certeza e exigibilidade do título.

1. Não ofende a nenhuma regra do Código de Processo Civil o oferecimento da exceção de pré-executividade para postular a nulidade da execução (art. 618 do Código de Processo Civil), independentemente dos embargos de devedor.

2. Considerando o Tribunal de origem que o título não é líquido, certo e exigível, malgrado ter o exequente apresentado os documentos que considerou aptos, não tem cabimento a invocação do art. 616 do Código de Processo Civil.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 160.107/ES; Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Terceira Turma; Unânime; DJ de 03.05.1999)

Entretanto, mesmo aceitando a possibilidade da exceção da pré-executividade, tem o Tribunal exigido que o óbice ao prosseguimento da execução seja comprovado de plano, sem maiores indagações ou necessidade probatória, de afastar a liquidez e certeza do título em cobrança.

Desta forma, tem-se aceito a exceção sem embargos, mas com restrições, como bem demonstram os arestos a seguir transcritos:

Processo Civil. Execução. Exceção de pré-executividade. Admissibilidade. Hipóteses excepcionais. Precedentes. Doutrina. Requisitos. Inaplicabilidade ao caso. Agravo desprovido.

I - A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá, em princípio, nos casos em que o juízo, de ofício, pode conhecer da matéria, a exemplo do que se verifica a propósito da higidez do título executivo.

II - Suscitadas questões, no entanto, que dependeriam do exame de provas, e não dizem respeito a aspectos formais do título executivo, e nem poderiam ser conhecidas de ofício, não se mostra adequada a exceção de pré-executividade.

(AgRg no Ag n. 197.577/GO; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; Quarta Turma; Unânime; DJ de 05.06.2000)

Processo Civil. Execução. Exceção de pré-executividade. Admissibilidade. Hipóteses. Hígidez do título executivo. Matérias apreciáveis de ofício. Verificação no caso concreto. Reexame de provas e interpretação de cláusula contratual. Recurso não conhecido.

I - A sistemática processual que rege a execução por quantia certa exige, via de regra, a segurança do juízo como pressuposto para o oferecimento de embargos do devedor.

II - A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá, em princípio, nos casos em que o juízo, de ofício, pode conhecer da matéria, a exemplo do que se verifica a propósito da hígidez do título executivo.

III - Se a verificação dos requisitos formais do título executivo depende da análise de premissas de fato, como o reexame de provas e a interpretação de cláusulas contratuais, a apreciação do tema, na instância especial, atrita com a competência constitucionalmente reservada ao Superior Tribunal de Justiça (Enunciados ns. 5 e 7 da súmula/STJ).

IV - Não se vislumbra a apontada negativa de prestação jurisdicional, quando o órgão julgador não deixa de examinar qualquer ponto suscitado pela parte interessada.

V - A configuração do dissídio pretoriano, a ensejar recurso especial, depende da semelhança entre as situações fáticas e da demonstração da divergência, na conformidade do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

(REsp n. 180.734/RN; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; Quarta Turma; Unânime; DJ de 02.08.1999)

Execução. Falta de liquidez. Nulidade (pré-executividade).

1. Admite-se a exceção, de maneira que é lícito argüir de nula a execução, por simples petição. A saber, pode a parte alegar a nulidade, independentemente de embargos, por exemplo, "Admissível, como condição de pré-executividade, o exame da liquidez, certeza e exigibilidade do Título a viabilizar o processo de execução" (REsp n. 124.364, DJ de 26.10.1998).

2. Mas não afeta a liquidez do título questões atinentes à capitalização, cumulação de comissão de permanência e correção monetária, utilização de determinado modelo de correção. Trata-se de matérias próprias dos arts. 741 e 745 do Cód. de Pr. Civil.

3. Podendo validamente opor-se à execução por meio de embargos, não é lícito se utilize da exceção.

4. Caso em que na origem se impunha, “para melhor discussão da dívida ou do título, a oposição de embargos, uma vez seguro o juízo da execução”. Inocorrência de afronta ao art. 618, I, do Cód. de Pr. Civil. Dissídio não configurado.

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 18.195/RJ; Rel. Min. Nilson Naves; Terceira Turma; Unânime; DJ de 17.05.1999)

Se esta é a posição em relação às execuções por título extrajudicial regidas pelo CPC, com maior rigor é o tratamento jurisprudencial dispensado pelo STJ às execuções fiscais, diante do que dispõe o art. 16, § 3º, da LEF. Veja-se a jurisprudência:

Civil e Processual Civil. Prescrição. Oportunidade para alegação.

Não obstante o artigo 162 do Código Civil permitir a alegação do fenômeno prescricional “em qualquer instância”, há que compatibilizá-lo com as normas processuais, inclusive com as que criam os ônus processuais para as partes.

A prescrição alegada em petição ou recurso intempestivo não pode ser conhecida. Como reflexo de direito pessoal, de cunho patrimonial, reputa-se renunciado, se alegada fora do prazo.

A se aceitar a alegação em qualquer tempo, todo o sistema de prazos no processo teria que ser ignorado, quando houvesse prescrição envolvida, ficando o credor à inteira mercê do devedor.

Não se conhece da prescrição extemporaneamente argüida.

Recurso improvido, por unanimidade.

(REsp n. 20.056/SP; Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, unânime, DJ de 17.08.1992)

Processual Civil — Execução fiscal — Embargos — Prescrição — Arguição — Preclusão.

A alegação de prescrição somente pode ser formulada em sede de embargos, após seguro o juízo por regular penhora.

O artigo 162 do Código Civil não se aplica ao processo de execução fiscal que, regulado por lei especial, prevê o momento próprio para apresentação de defesa.

Recurso provido.

(REsp n. 178.353/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, por maioria, DJ de 10.05.1999)

Recurso especial. Processual Civil. Execução fiscal. ICMS. Alegação de prescrição. Momento para se alegar.

A norma prevista no art. 162 do Código Civil, apontado no aresto recorrido, deve ser compatibilizada com as normas processuais.

O citado dispositivo legal não se aplica à execução fiscal, que é regida por lei especial, a Lei n. 6.830/1980, a qual prevê o momento próprio para a apresentação de defesa. Segundo determinado pelo art. 16, parágrafo 2º da referida lei, o executado deverá alegar toda a matéria útil à defesa no prazo dos embargos.

A alegação de prescrição constitui matéria de defesa. Sendo assim, transcorrido **in albis** o prazo para oferecimento dos embargos, é defeso ao executado lançar mão de tal alegação.

Recurso a que se dá provimento.

(REsp n. 237.560/PB, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Turma, unânime, DJ de 1º.08.2000)

A questão não é de somenos importância, visto que, se se distanciar o Direito pretoriano da lei, dificilmente teremos disciplina para o processamento da execução extrajudicial, cuja diretriz é a celeridade.

Dentro deste contexto, a regra doutrinária, que coincidentemente se alinha à LEF, art. 16, § 3º, é no sentido de restringir-se a pré-executividade, ou seja, defesa sem embargos e sem penhora, às matérias de ordem pública, que podem e devem ser reconhecidas de ofício pelo julgador ou, em se tratando de nulidade do título, flagrante e evidente, cujo reconhecimento independa de contraditório ou dilação probatória.

Na espécie, não se tem dúvida de que o art. 568, inciso V, do CPC, ao atribuir ao responsável tributário a qualidade de sujeito passivo da execução, remete o interessado ao CTN que, por seu turno, determina no art. 135 serem pessoalmente responsáveis os sócios, mas restringe tal responsabilidade para as hipóteses de excesso de poder ou infração à lei, ao contrato ou aos estatutos.

A restrição, de caráter genérico, afasta as regras da responsabilidade objetiva do sócio-gerente, mas não dispensa a prova de que não agiu o sócio com excesso de poder ou infringência à lei.

Ademais, na hipótese dos autos, temos mais um fator complicador: a sociedade executada extinguiu-se de fato, o que torna mais complicada a posição dos sócios como responsáveis.

Assim, e em conclusão, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 436.163 — DF (2002/0059700-4)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Lisiane Fernandes de Oliveira

Advogados: Isabella Lomba Veronese Aguiar e outros

Recorrida: Fundação Universidade de Brasília — FUB

Procuradores: Miguel Joaquim Bezerra e outros

EMENTA

Administrativo — Transferência de estudante — Dependente de militar.

1. Dentre as restrições à transferência, uma delas desgarra-se da Lei n. 9.536/1997 para sedimentar-se na Lei n. 8.112/1990.

2. A lei que disciplina a situação jurídica do servidor público, permitindo a transferência do mesmo quando estudante na hipótese de mudança de domicílio em razão do serviço, exige que sejam os estabelecimentos congêneres.

3. Não estando os servidores militares sujeitos ao regime da Lei n. 8.112/1990, mas sim ao Estatuto dos Militares, não se pode estender a norma restritiva do art. 99 para atingí-los.

4. Os militares e seus dependentes, em matéria de transferência de estabelecimento de ensino, sujeitam-se exclusivamente às restrições da Lei n. 9.536/1997.

5. Atendidas as exigências legais, deve ser deferida a transferência.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das

notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Laurita Vaz e Francisco Peçanha Martins. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Franciulli Netto e Paulo Medina.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora

Publicado no DJ de 16.09.2002

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do TRF da 1ª Região, que entendeu somente ser de aceitação obrigatória a matrícula em razão de transferência de servidor público estudante ou de seu dependente entre instituições congêneres, salvo se na localidade de destino do aluno não exista instituição do mesmo gênero que ministre o curso por ele freqüentado na origem.

Inconformada, a recorrente alega, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, violação ao art. 1º da Lei n. 9.536/1997, que regulamentou o art. 49 da Lei n. 9.394/1996, afirmando que a transferência **ex officio** deve ser feita entre instituições de ensino vinculadas a qualquer sistema de ensino, sejam ou não congêneres as instituições envolvidas.

Sem contra-razões, subiram os autos por força de agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Prequestionados os dispositivos legais invocados, passo ao exame do recurso.

Sobre o tema, tenho a compreensão de que a Lei n. 9.536, de 1997, sem descumprir postulados constitucionais que anunciam educação como direito de todos, deu igual oportunidade para todos que estejam em identidade de situação, garantindo, ainda, a gratuidade do ensino.

Aliás, o Texto Constitucional de 1988 é bem explícito ao prever:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

No passado, eram os exames vestibulares eliminatórios, de sorte que, em tese, havia a possibilidade de sobra de vagas em certos e determinados cursos, por ser menor o número de aprovados do que o de vagas.

Posteriormente, a fim de evitar desperdício e ociosidade do serviço, passou o vestibular a ser classificatório, de forma a preencher plenamente todas as vagas oferecidas.

O sistema classificatório já dificultou a colocação de alunos que, por força de lei, tinham direito à matrícula, como sói acontecer com o servidores públicos transferidos de ofício (art. 99 da Lei n. 8.112/1990).

A brecha legal que protegia os servidores públicos foi estendida, pela jurisprudência, aos servidores de empresas privadas, em nome do princípio da igualdade, tornando-se ainda mais dificultosa a situação das transferências em razão da mudança de domicílio do aluno, provocada pelo serviço, público ou privado.

O sistema, que já apresentava dificuldades, foi tomado de surpresa quando instalou-se, como prática reiterada, a procura de matrículas por transferências oriundas das mais diversas localidades, o que coincide com a ampliação do ensino universitário particular.

Observou-se, na prática, a freqüência dos seguintes fatos:

- 1ª) o emprego era obtido depois da aprovação no vestibular;
- 2ª) o emprego era geralmente daqueles que tecnicamente são conhecidos como *demissíveis ad nutum*, tais como assessores parlamentares, serviços inespécíficos de Câmaras Municipais etc;
- 3ª) as transferências vinham geralmente de universidades particulares para universidades públicas;
- 4ª) os cursos mais visados para as transferências coincidem com o grau de dificuldade no vestibular, pelo grande número de candidatos e o reduzido número de vagas; e
- 5ª) os pedidos de transferência, sintomaticamente, sempre eram formulados nos primeiros meses após o vestibular, ou mais freqüentemente no primeiro ano de freqüência às aulas do curso escolhido, quando da realização do vestibular.

Os Tribunais, seguindo a jurisprudência que se estabeleceu ao longo do tempo, passaram a cancelar as transferências de alunos que obtinham empregos, públicos ou privados, após a aprovação em vestibular, preocupando-se os julgadores em atender aos postulados constitucionais relativos ao ensino.

A tolerância jurisprudencial, estendendo a norma dirigida aos servidores públicos a todos os empregados, públicos ou privados, levou o legislador, prevenido pelos reclames das universidades, a editar a Lei n. 9.536/1997, diploma que, mais uma vez, dirigiu-se aos servidores públicos, mas restringiu as transferências às hipóteses de mudança de domicílio por transferência de emprego **ex officio**, sendo o emprego de data anterior ao vestibular.

O art. 1º da lei em referência, que veio a regulamentar o parágrafo único do art. 49 da Lei de Diretrizes e Bases — Lei n. 9.394, de 20.12.1996, está assim redigido:

“A transferência **ex officio** a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independentemente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o Município onde se situe a instituição recebedora, ou para localidade mais próxima desta.

Parágrafo único. A regra do **caput** não se aplica quando o interessado na transferência se desloca para assumir cargo efetivo em razão de concurso público, cargo comissionado ou função de confiança”.

A jurisprudência, mais uma vez, voltou a estender o preceito legal aos diversos empregados, públicos ou privados. Neste sentido, o Recurso Especial n. 154.307/PR, julgado pela Primeira Turma do STJ, em 05.02.1998.

Portanto, hoje a matéria está prevista nas Leis ns. 9.394/1996 e 9.536/1997 (que regulamentou a primeira), tendo a jurisprudência estendido o benefício da transferência aos empregados privados.

O que hoje está sendo questionado é o fato de prever o art. 99 da Lei n. 8.112/1990 a possibilidade de transferência do servidor estudante, que mude de sede por força de transferência **ex officio**, para instituição de ensino congênere da nova residência ou mais próxima.

Para melhor exame, transcrevo o artigo:

“Ao servidor estudante que mudar de sede no interesse da administração é assegurada, na localidade da nova residência ou na mais próxima, matrícula em instituição de ensino congênere, em qualquer época, independentemente de vaga.”

Pergunta-se, então: o artigo foi revogado pela nova legislação, ou deve ser examinado em conjugação com a nova lei?

O meu entendimento é o de que as normas são compatíveis entre si e, assim sendo, devem ser examinadas em conjunto.

O art. 99 da Lei n. 8.112/1990 dirigiu-se ao servidor público e fala em instituição congênere, o que não ocorre com a Lei n. 9.394/1996, porque esta se dirige aos estabelecimentos de ensino.

Neste sentido caminhou a jurisprudência da Corte, prestigiando a interpretação sistemática a partir da restrição do art. 99 da Lei n. 8.112/1990:

“Administrativo — Transferência de estudante.

1. A lei só permite, sem restrições, a transferência de estudante de um para outro estabelecimento, quando congênere.

2. Estudante que presta vestibular em faculdade particular para, logo após, pedir transferência para universidade federal, por assumir cargo público, não tem direito à obtenção da matrícula.

3. Recurso provido”.

(REsp n. 254.610/RN — Rel. Min. Eliana Calmon — Segunda Turma — Julgado em 11.12.2001)

“Administrativo — Ensino superior — Mudança de domicílio, para investidura em cargo público efetivo — Direito à matrícula em instituição de ensino congênere.

O estudante universitário que muda de domicílio para ocupar cargo público efetivo tem direito à matrícula em instituição de ensino superior congênere àquela em que estudava e mais próxima à localidade onde é sediado o órgão para o qual foi nomeado.

Recurso improvido.”

(REsp n. 319.146/RN — Rel. Min. Garcia Vieira — Primeira Turma — DJ de 20.08.2001 — P. 392)

“Processual Civil e Administrativo — Ensino superior — Mudança de domicílio para acompanhar cônjuge, servidor público removido por interesse da administração — Direito à matrícula em instituição de ensino congênere — Incorrência de violação ao artigo 535 do CPC.

I - A esposa de servidor público federal que teve de mudar de domicílio para acompanhar o cônjuge, em razão do seu retorno ao órgão de origem, por interesse da administração, tem direito à matrícula em instituição de ensino

superior congênere àquela, na qual estudaria, tendo sido aprovada em exame vestibular.

II - Não se configura violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, quando o acórdão recorrido examina todas as questões necessárias e pertinentes, para o deslinde da controvérsia.

III - Recurso provido.”

(REsp n. 289.185/DF — Rel. Min. Garcia Vieira — Primeira Turma — DJ de 11.06.2001 — P 128)

“Constitucional, Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Indicação expressa do permissivo constitucional tido por violado: dispensabilidade. Ensino superior. Transferência. Servidor que estuda em universidade particular. Regra prevalecente. Exceção existente. Recurso conhecido e provido.

I - (...)

II - Em princípio, servidor que estuda em universidade particular não faz jus à transferência para universidade pública, mas apenas para instituição de ensino congênere, ou seja, privada. No entanto, tal regra pode comportar exceção, como **in casu**: quando não houver universidade particular na cidade para a qual o servidor foi transferido **ex officio**, a matrícula poderá ser feita em instituição de ensino público.

III - Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 319.146/RN — Rel. Min. Adhemar Maciel — Segunda Turma — DJ de 19.10.1998 — P 72)

Após ter-me mantido fiel a esta interpretação, sensibilizei-me com a tese defendida em diversos processos, no sentido de que a jurisprudência, ao estender aos militares norma própria dos servidores públicos, estava erroneamente aplicando, por extensão, norma restritiva de direito.

Afinal, a exigência de congeneridade só existe na Lei n. 8.112/1990, inserida no art. 99, diploma que não alcança os militares, regidos por lei própria.

E não se diga que estão eles, militares, equiparados aos servidores civis, porque não foram poucas as oportunidades em que, no Judiciário, foram estabelecidas diferenças, como nos seguintes casos: a aquisição de imóveis funcionais, admitida para os servidores civis e vedada aos militares; a proibição de engajarem-se em movimento grevista ou sindicalista, não existente a restrição para civis; a índole de mobilidade da carreira militar, onde há transferência de dois em dois anos, o que constitui exceção para o servidor civil.

Dentro deste raciocínio, pergunta-se: É possível aplicar norma restritiva de direito, por extensão analógica, a quem tem regime jurídico próprio? A resposta é negativa, na medida em que não há no Estatuto dos Militares a exigência da congeneridade.

Se assim é, para os militares somente é possível exigir-se a observância às normas da Lei n. 9.536/1997, afastando-se a incidência do art. 99 da Lei n. 8.112/1990.

Diante dos fatos aqui examinados e da interpretação da legislação pertinente, conclui-se que merece reforma o acórdão recorrido, motivo pelo qual dou provimento ao recurso especial para, concedendo a segurança, ordenar a matrícula da estudante, dependente de militar.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 495.392 — PB (2003/0015932-6)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrentes: Gerson Ferreira de França e cônjuge

Advogado: Jorge José Barbosa da Silva

Recorrida: Universidade Federal da Paraíba — UFPB

Advogados: Paulo Manuel Moreira Souto e outros

EMENTA

Processo Civil — Recurso especial — Pretendida a reforma do julgado que confirmou a decisão da universidade em efetivar o desligamento automático de alunos que abandonaram o curso — Inércia dos recorrentes durante 19 (dezenove) anos — Pretendido reconhecimento de afronta a dispositivos da Constituição Federal e, bem assim, da Lei de Introdução ao Código Civil — Alegada divergência jurisprudencial — Recurso especial não conhecido.

— Sabem-no todos, ocioso lembrar, que não compete a este Sodalício examinar, em sede de recurso especial, suposta afronta a dispositivos da Carta Magna.

— A alegada violação a artigo da Lei de Introdução ao Código Civil não foi objeto de decisão pela instância de origem, razão porque ausente o requisito do prequestionamento.

— No que toca o dissenso pretoriano, observa-se que além de os recorrentes não realizarem o indispensável cotejo analítico, ainda insistem na apreciação de tema de índole constitucional.

— Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 22 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

Publicado no DJ de 19.05.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Versam os autos sobre recurso especial ajuizado por Gerson Ferreira de França e Maria Ferreira de Moraes França, com fundamento no artigo 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, tendo por objeto a integral reforma do v. julgado proveniente do colendo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cujos termos estão resumidos na seguinte ementa:

“Administrativo. Ensino superior. Reabertura de matrícula. Jubilamento. Desligamento automático de estudante que abandonou o curso. Desnecessidade de instauração de processo administrativo. Obediência a normas internas da universidade.

1. O desligamento de estudante em abandono de curso se dá de forma automática, em obediência a normas internas da Universidade.

2. Caso de abandono de curso, pela inexistência de efetivação de matrícula institucional.

3. Apelação improvida” (fl. 117).

Sustentam os recorrentes que o modo de julgar da Corte de origem afronta os artigos 5º, incisos XXXVI, LIV, LV, 205 e 206, todos da Constituição Federal e, bem assim, o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Ponderam, também, que o posicionamento adotado pelo TRF da 5ª Região destoa do entendimento jurisprudencial de outras Cortes de Justiça.

Ausentes as contra-razões, sobreveio a r. decisão da egrégia Presidência da Corte de origem que admitiu o presente recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Permita-se rememorar, de modo sintético, os principais fatos que ensejaram a interposição do recurso especial.

Verifica-se que os ora recorrentes impetraram mandado de segurança contra ato da Reitoria da Universidade Federal da Paraíba. Alegaram que ingressaram na Faculdade de Direito da Universidade, sendo que, durante o período que estavam a frequentar o curso foram compelidos a trancarem a matrícula, no que culminou com o próprio abandono. Posteriormente, porém, postularam a reintegração à Universidade, no que foi indeferido por meio de processo administrativo. Entendem, todavia, que deveria ter sido instaurado o devido processo legal, para que somente após fosse efetivado o jubramento. Em razão disso, pugnaram pela nulidade do procedimento administrativo.

O MM. Juízo de 1ª instância denegou a segurança, por entender legal o ato de indeferimento da matrícula quando abandonado o curso por longo espaço de tempo. Consignou, também, ser desnecessária a instauração de processo administrativo para essa finalidade (fls. 67/74).

Desse desfecho, foi apresentada apelação, a qual não foi provida.

Brotou, assim, o recurso especial ancorado na afronta a dispositivos constitucionais e da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como divergência jurisprudencial.

A presente irrisignação carece de fomento jurídico.

Sabem-no todos, ocioso lembrar, que é defeso ao Superior Tribunal de Justiça, em grau de recurso especial, examinar pretensa afronta a dispositivo da Constituição Federal, tendo em vista que a competência para tanto está afeta ao Pretório excelso.

Assim, desnecessárias maiores digressões acerca da impossibilidade de o Superior Tribunal de Justiça apreciar violação a norma constitucional.

No que diz respeito à não-observância da regra prevista na Lei de Introdução ao Código Civil, de igual forma não merece amparo a irrisignação recursal.

No particular, verifica-se que a referida matéria não foi agitada e nem decidida na instância ordinária, de modo que ausente o requisito específico do recurso especial que é o prequestionamento.

Não bastassem essas peculiaridades, a interposição do recurso especial anco-
rado no dissenso pretoriano também não merece guarida.

Observa-se que, além de os recorrentes não realizarem o indispensável cotejo
analítico, que evidencia as circunstâncias que identificam a desarmonia jurispru-
dencial, insistem na apreciação de tema de índole constitucional.

Assim, pois, sob qualquer enfoque verifica-se que o não-conhecimento do re-
curso é medida que se faz necessária.

Pelo que precede, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 501.897 — SC (2003/0025504-0)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Conselho Regional de Química da 13ª Região/SC

Advogados: Adelino Alves de Barros Neto e outro

Recorrida: Brasfish Indústria de Pescados Ltda

Advogado: João Massaki Kaneko

EMENTA

Processo civil e administrativo. Recurso especial. Alegada violação
aos artigos 458, II, e 535, II, do CPC. Inocorrência. Empresa que se
dedica à captura, industrialização, processamento, armazenagem e
comercialização de pescado. Não-obrigatoriedade de inscrição no Con-
selho Regional de Química nem de contratação de químico. Artigos 27
da Lei n. 2.800/1956, 1ª da Lei n. 6.839/1980 e 350 da CLT.

Não há nos autos qualquer omissão, contradição ou obscuridade,
pois, o egrégio Tribunal de origem apreciou toda a matéria recursal
devolvida. Nesse eito, salientou a Corte **a quo** que “não cabem embar-
gos de declaração para pleitear análise da legislação pertinente, sob o
argumento de que o julgado embargado foi omissivo, obscuro ou contradi-
tório, já que o embargante pretende é o rejuízo da lide, via conces-
são dos efeitos infringentes” (fl. 175).

A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente,
litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco destina-se a responder a
argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o siste-
ma com a solução da controvérsia observada a **res in iudicium deducta**.

O critério legal de obrigatoriedade de registro no Conselho Regional de Química é determinado pela natureza dos serviços prestados (artigos 27 da Lei n. 2.800/1956, 1ª da Lei n. 6.839/1980 e 335 da CLT).

A empresa recorrida não é obrigada a efetuar inscrição no Conselho recorrente porque sua atividade básica, qual seja, industrialização, processamento, captura, armazenagem e comércio de pescados, não é ligada à química.

Tampouco é necessária a apresentação de profissional de química habilitado, uma vez que a recorrida não fabrica produtos químicos ou produtos industriais obtidos por meio de reações químicas dirigidas (artigo 335, **a** e **c**, da CLT), nem possui laboratório de controle químico (art. 335, **b**, da CLT), sendo o controle de qualidade do produto realizado por empresa contratada.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 13 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

Publicado no DJ de 23.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Brasfish Indústria de Pescados Ltda, empresa dedicada à “industrialização e processamento de pescados, crustáceos e moluscos, captura, comércio, importação e exportação, armazenagem e processamento de pescados para terceiros, importação, exportação e comércio de embarcações e equipamentos para pesca” (fl. 11), opôs embargos à execução fiscal que lhe move o Conselho Regional de Química da 13ª Região, que realizou lançamento **ex officio** da embargante para cobrança de anuidades.

O r. Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido (fls. 111/117).

Irresignado, o Conselho impetrado interpôs recurso de apelação, subindo os autos ao egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que deu parcial provimento ao recurso, para reduzir a verba honorária fixada. O v. acórdão restou assim ementado:

“Administrativo e Processual Civil. Embargos à execução fiscal. Conselho Regional de Química. Empresa que se dedica à captura, industrialização, conservação e comercialização de pescado. Desnecessidade de registro no CRQ. Desnecessidade de contratação de profissional da Química. Honorários advocatícios.

1. A empresa, cuja atividade básica é destinada à captura, industrialização, conservação e comercialização de pescado, não está obrigada a registrar-se no Conselho Regional de Química, pois ao industrializar alimentos de origem animal por processo de congelamento ou resfriamento não está se dedicando precipuamente ao ramo da química como atividade fim, que neste caso é desenvolvido em caráter acessório.

2. Empresa que se utiliza dos serviços de laboratório responsável pelo controle de qualidade do produto não está obrigada à contratação de profissional químico.

3. A fixação dos honorários advocatícios em R\$ 600,00 significou um percentual de cerca de 28% do valor atualizado da causa para a data da fixação e, portanto, a verba honorária é reduzida a 10% sobre o valor da causa atualizado pela correção monetária a partir da data da propositura da ação, em face da ausência de circunstâncias que impliquem majoração desse percentual” (fl. 150).

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados pela Corte de origem sob a alegação de que “não cabem embargos de declaração para pleitear análise da legislação pertinente, sob o argumento de que o julgado embargado foi omisso, obscuro ou contraditório, já que o embargante pretende é o re julgamento da lide, via concessão dos efeitos infringentes, o que somente é possível em casos excepcionálísimos, e não na hipótese dos autos” (fl. 175).

Em recurso especial, interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, aponta o Conselho Regional de Química da 13ª Região violação aos artigos 458, inciso II, 535, inciso II, do Código de Processo Civil, 2ª, incisos II e IV, **f**, do Decreto n. 85.877/1981 e 1ª da Lei n. 6.839/1980.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): No tocante à alegada violação ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil, o recurso não logra perspectiva de êxito,

uma vez que não há nos autos qualquer omissão, contradição ou obscuridade, pois o egrégio Tribunal **a quo** apreciou toda a matéria recursal devolvida.

Nesse eito, salientou a Corte de origem que “não cabem embargos de declaração para pleitear análise da legislação pertinente, sob o argumento de que o julgado embargado foi omissivo, obscuro ou contraditório, já que o embargante pretende é o rejugamento da lide, via concessão dos efeitos infringentes, o que somente é possível em casos excepcionalíssimos, e não na hipótese dos autos” (fl. 175).

Sobreleva notar que ao tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, e tampouco destina-se a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia observada a **res in iudicium deducta**. Insubsistente, outrossim, a alegação de violação ao artigo 458, II, do CPC, pois, o v. **decisum** recorrido fora devidamente fundamentado.

No mérito, cinge-se a controvérsia à obrigatoriedade de inscrição em Conselho Regional de Química de empresa dedicada à industrialização, processamento, captura, armazenagem e comércio de pescados.

A Lei n. 2.800, de 18 de junho de 1956, que dispõe sobre a profissão de químico, estabelece, em seu artigo 27, **verbis**:

“Art. 27 — As firmas individuais de profissionais e as mais firmas, coletivas ou não, sociedades, associações, companhias e empresas em geral, e suas filiais, que explorem serviços para os quais são necessárias atividades de químico, especificadas no Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 — Consolidação das Leis do Trabalho — ou nesta lei, deverão provar perante os Conselhos Regionais de Química que essas atividades são exercidas por profissional habilitado e registrado”.

Já a Lei n. 6.839, de 30 de outubro de 1980, que cuida do registro de empresas nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões, determina que:

“Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros”.

Por outro lado, o artigo 335 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao tratar da obrigatoriedade da admissão de químico, estipula:

“Art. 335 — É obrigatória a admissão de químicos nos seguintes tipos de indústria:

- a) de fabricação de produtos químicos;
- b) que mantenham laboratório de controle químico;

c) de fabricação de produtos industriais que são obtidos por meio de reações químicas dirigidas, tais como cimento, açúcar e álcool, vidro, curtu-me, massas plásticas artificiais, explosivos, derivados de carvão ou de petróleo, refinação de óleos vegetais ou minerais, sabão, celulose e derivados”.

Da análise dos dispositivos legais acima transcritos, conclui-se que o critério legal de obrigatoriedade de registro no Conselho Regional de Química é determinado pela natureza dos serviços prestados. Assim, a exigência de contratação de profissional da área química somente se aplica àqueles que exploram serviços para os quais são necessárias as atividades de químico (artigo 2º do Decreto n. 85.877/1981).

In casu, o Serviço de Fiscalização do Conselho Regional de Química da 13ª Região constatou que a matéria-prima utilizada é o pescado **in natura** dos fornecedores, e que o produto final é o “camarão congelado sem cabeça, descascado e inteiro, e pescado filetado, viscerado” (fl. 29). Verificou, também, que a recorrida não tem laboratório, sendo a qualidade do produto controlada pelo laboratório Dispoa em Florianópolis. O processo químico identificado é o congelamento (fl. 29v).

Consoante ressaltou a Corte de origem, “os processos químicos identificados na autuação são meios para o desenvolvimento da atividade básica que é a industrialização do pescado” (fl. 146) e a recorrida, “ao industrializar alimentos de origem animal por processo de congelamento ou resfriamento, não está se dedicando precipuamente ao ramo da química como atividade fim, que neste caso é desenvolvido em caráter acessório” (fl. 150).

Por outro lado, salientou o r. Juízo de primeiro grau que “a atividade da embargante não é precipuamente uma atividade química que ensejaria a contratação de um químico responsável e a sua inscrição no CRQ, vez que o emprego de profissionais em química seria em caráter meramente auxiliar de seu processamento industrial” (fl. 114) e que “nem toda reação química demanda o auxílio de um técnico para ser conduzida ou a inscrição no respectivo Conselho” (fl. 115).

Dessarte, a empresa recorrida não é obrigada a efetuar inscrição no Conselho recorrente porque sua atividade básica, qual seja, industrialização, processamento, captura, armazenagem e comércio de pescados, não é ligada à química.

Tampouco é necessária a apresentação de profissional de química habilitado, uma vez que a recorrida não fabrica produtos químicos ou produtos industriais obtidos por meio de reações químicas dirigidas (artigo 335, **a** e **c**, da CLT), nem possui laboratório de controle químico (art. 335, **b**, da CLT), sendo o controle de qualidade do produto realizado por empresa contratada.

Pelo que precede, não conheço do recurso especial.

É como voto.
