

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 353.405 – SP

(Registro n. 2000.0135144-3)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradores: Mônica de Melo e outros
Agravada: Pezpan Comércio Internacional Ltda
Advogados: Peter Fredy Alexandrakis e outros

EMENTA: Tributário – ICMS – Merluza – Importação – Isenção – Existência nas águas territoriais brasileiras – Matéria fática – Súmula n. 7 do STJ – Dispositivos constitucionais – Prequestionamento – Impossibilidade.

1. Se as instâncias ordinárias, a quem cabe a apreciação soberana da matéria fática, consideraram que as provas constantes dos autos do **mandamus** seriam suficientes para julgamento da causa, não há falar, nesta Corte, em necessidade de dilação probatória e, tampouco, de inadequação da via mandamental. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

2. Não é possível, na via estreita do recurso especial, destinada à uniformização do Direito Federal, apreciar-se possível violação a artigo da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto. Presidiu a sessão a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília-DF, 12 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora.

Publicado no DJ de 9.12.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de agravo regimental interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, em face de decisão que negou provimento a agravo de instrumento, assim ementada, **in verbis**:

“Tributário. ICMS. Merluza. Importação. Destino final do produto. Existência do pescado nas águas brasileiras. Reexame de provas. Súmula n. 7 do STJ.” (fl. 104).

Sustentam as razões do regimental, em suma, a impossibilidade de utilização da via estreita do mandado de segurança para discutir-se a existência ou não da merluza nas águas territoriais brasileiras, por tratar-se de tema controvertido. Prosseguem, ainda, asseverando que o não-provimento do recurso implicará violação aos arts. 5º, incisos XXXV, LIV e LV; 93, inciso IX, e 105, inciso III, todos da Constituição Federal.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A insurgência não merece prosperar.

De início, se as instâncias ordinárias, a quem cabe a apreciação soberana da matéria fática, consideraram que as provas constantes dos autos do **mandamus** seriam suficientes para julgamento da causa, não há falar, nesta Corte, em necessidade de dilação probatória e, tampouco, de inadequação da via mandamental, pelo que incide sobre espécie o verbete da Súmula n. 7 do STJ.

De outra parte, é sabida e consabida a existência de vários julgamentos desta Corte, aparentemente díspares, a respeito da incidência ou não da isenção do ICMS na importação da merluza.

Contudo, isso ocorre devido ao fato de ser vedado a esta Corte imiscuir-se no conjunto fático-probatório dos autos, porquanto fica jungida à

conclusão das instâncias ordinárias, que não têm entendimento pacífico acerca da existência ou não da merluza em águas territoriais brasileiras.

A esse respeito, eis trecho do voto proferido pela ilustre Ministra Eliana Calmon, quando do julgamento do REsp n. 255.369-SP, publicado no DJ de 9.10.2000, *in litteris*:

“A *valoração da prova* refere-se ao valor jurídico desta, sua admissão ou não em face da lei que a disciplina, podendo ser ainda a contrariedade a princípio ou regra jurídica no campo probatório, questão unicamente de direito, passível de exame nesta Corte.

Diversamente, o *reexame da prova* implica a reapreciação dos elementos probatórios para concluir-se se eles foram ou não bem interpretados, matéria de fato, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias de jurisdição e insuscetível de revisão no recurso especial.

Após estas considerações, verifica-se que a solução da controvérsia exigiria aprofundado reexame da prova, pois, indubitavelmente, o argumento fundamental a respaldar a pretensão é no sentido de que não foram comprovadas de plano a liquidez e certeza do direito pleiteado no *writ*, por depender de produção de provas.

A matéria em exame encontrará soluções diversas nesta Corte em função de não estar uniformizado, nas instâncias ordinárias, soberanas quanto à prova, o entendimento no que diz respeito à existência ou não de merluza ou similar desta em território nacional.

Não desconheço os diferentes enfoques nesta Corte sobre o assunto, contudo, como declarado em preliminar, não pode este Tribunal, observada sua função constitucional, imiscuir-se em matéria de índole probatória para contrariar a conclusão do acórdão recorrido em torno da existência ou não de merluza ou similar no País, o que configuraria reapreciação e não valoração de prova, como explicitado anteriormente.

No caso em exame, não há como prosperar o recurso especial, inclusive no que diz respeito à comprovação imediata da liquidez e certeza do direito, aspecto analisado soberanamente pelo Tribunal-recorrido, em mandado de segurança, através da prova pré-constituída, permanecendo, assim, o óbice da Súmula n. 7-STJ, aplicável à admissão do especial tanto pela letra **a** quanto pela letra **c** do permissivo constitucional.”

Por fim, não é possível, na via estreita do recurso especial, destinada à uniformização do Direito Federal, apreciar-se possível violação a artigo da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento.

Nesse sentido:

“Processo Civil. Agravo no recurso especial. Arts. 512 e 543, § 1º, CPC. Prejudicialidade do recurso extraordinário. Matéria constitucional. Recurso especial. Sede imprópria. Recurso desprovido.

I – Nos termos do art. 543, § 1º, se com o julgamento do recurso especial o recurso extraordinário simultaneamente interposto restar prejudicado, não deve ser remetido ao Supremo Tribunal Federal.

II – Segundo a jurisprudência da Suprema Corte, ‘tendo a recorrente conseguido, com o desfecho do recurso especial, junto ao Superior Tribunal de Justiça, o mesmo resultado objetivado no recurso extraordinário, resta este prejudicado, por falta de objeto’.

III – Em razão da dicotomia dos recursos excepcionais dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, adotada pela Constituição de 1988, torna-se defeso a esta Corte, no âmbito do recurso especial, examinar eventual violação a dispositivo constitucional, missão reservada ao guardião da Lei Maior.

IV – Impossível a análise da norma constitucional em sede especial, ainda que vise ao prequestionamento”. (AgRg no REsp n. 234.453-RS, Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 5.6.2000).

“Processual Civil. Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. Análise por esta Corte de dispositivos constitucionais. Impossibilidade.

A análise de suposta violação a dispositivos constitucionais é de competência exclusiva do Excelso Pretório, conforme consta no art. 102, III, da Constituição Federal, por meio de recurso extraordinário, sendo, pois, defeso a esta colenda Corte fazê-lo, ainda que para fins de prequestionamento.

Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl no AgRg n. 223.036-CE, Primeira Turma, rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 11.12.2000).

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 12.059 – RS**

(Registro n. 2000.0053918-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Recorrentes: Renê Izoldi Ávila e outros
Advogados: Henry Gonçalves Lummertz e outros
Tribunal de origem: Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Impetrado: Juiz-Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª
Região

EMENTA: Constitucional e Processual Civil – Precatório – Decisão de Presidente do Tribunal – Ato administrativo – Viabilidade do exame em sede de mandado de segurança – Honorários advocatícios – Natureza alimentar – Preferência na ordem dos precatórios – Precedentes do STJ e do STF.

1. Os atos do Presidente do Tribunal nos processos de precatório são de natureza administrativa. Como ato administrativo, está sujeito ao controle pelas vias normais ou por intermédio da ação de mandado de segurança. Precedentes do STJ.

2. Os honorários advocatícios, sejam eles contratuais ou sucumbenciais, possuem natureza alimentar.

3. Incluem-se, portanto, na ressalva do art. 100 da Constituição da República. Precedentes do STJ e do STF.

4. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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 ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Franciulli Netto. Presidiu a sessão a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília-DF, 5 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora.

Publicado no DJ de 9.12.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Renê Izoldi Ávila e outros, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, nos autos da ação mandamental, negou a segurança perquirida pelos ora recorrentes.

Após a leitura dos fatos, observa-se que os Autores impetraram mandado de segurança, junto ao TRF da 4ª Região, contra ato emanado pela Juíza-Presidenta daquela Corte, objetivando o pagamento, em caráter preferencial, de honorários advocatícios, na ordem dos precatórios.

Sustentaram, naquela oportunidade, que interpuseram agravo regimental no intuito de reformá-lo, todavia, foi negado seguimento ao apelo, por se tratar de matéria eminentemente administrativa.

Aduziram, ainda, que os honorários advocatícios possuem natureza alimentar e estão agasalhados pela classificação de crédito preferencial no regime do precatório, a teor do art. 100 da Constituição Federal.

A Corte **a quo**, ao examinar a querela, dirimiu a controvérsia nos seguintes termos:

“Mandado de segurança. Impetração. Legitimidade. Precatório. Expedição. Juiz da execução. Transformação de comum para alimentar. Inviabilidade.

1. O advogado tem legitimidade para impetrar, juntamente com seu cliente, mandado de segurança contra ato da Presidência do Tribunal Regional Federal que indeferiu pedido deste último, de transformar precatório comum para alimentar. Votos-vencidos.

2. Expedido o precatório pelo juiz da execução sem a natureza alimentar, inviável a alteração para tal fim pela Presidência desta Corte.” (fl. 210).

Inconformados, os Recorrentes interpuseram o presente recurso ordinário, repisando em suas razões os argumentos expendidos no **mandamus** (fl. 224). Ao final, requerem a suspensão do ato coativo e a procedência do

pedido para que seja declarado o direito líquido e certo de classificação do seu crédito nos termos do art. 100 da CF/1988.

Não foram oferecidas contra-razões.

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fl. 328).

Inicialmente, distribuídos os autos ao eminente Ministro Ruy Rosado, a Quarta Turma do STJ entendeu, por unanimidade, que a competência para processar e julgar o presente feito é de uma das Turmas de Direito Público, “pois se cuida de débito que está sendo cobrado da União, pela via do precatório, e pretendem os Impetrantes seja a parcela correspondente aos honorários advocatícios definida como alimentar. O efeito dessa decisão recairá sobre a Fazenda Pública, e a matéria está regulada em normas de Direito Público, pois é pública a relação que se estabelece entre o contribuinte do PIS e a União, discutida na ação em que foi deferida a sua restituição, fonte do precatório objeto dos autos, segundo se depreende de sua leitura” (fl. 332).

É o breve relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

O inconformismo merece prosperar.

Com efeito, a jurisprudência deste colendo Tribunal Superior assentou o entendimento de que as decisões proferidas pelo Presidente do Tribunal, nos processos de precatório, são de natureza administrativa. Como ato administrativo, está sujeito ao controle pelas vias normais ou por intermédio do mandado de segurança.

Nesse sentido, confira-se:

“Processo Civil. Precatório. Decisão do Presidente do Tribunal. Ato administrativo.

1. O STF, bem assim esta Corte de Justiça, assentaram sua jurisprudência no entendimento de que são de natureza administrativa os atos emanados do Presidente do Tribunal nos processos de precatório.

2. Como ato administrativo, sofre ele o controle de todo e qualquer ato administrativo, pelas vias normais ou mesmo por mandado de segurança.

3. Recurso provido.” (RMS n. 12.605-SP, rel.^a Min.^a Eliana Calmon, DJ de 8.4.2002, p. 166).

A matéria, ora examinada, também se encontra devidamente tratada e pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende da leitura das ementas jurisprudenciais abaixo transcritas:

“Processual Civil. Honorários advocatícios. Caráter alimentar.

I – Os honorários advocatícios constituem verba de caráter alimentar, achando-se incluída na ressalva do art. 100, **caput**, da Constituição.

II – Recurso ordinário improvido.” (RMS n. 1.392-SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 8.5.1995, p. 12.354).

“Constitucional. Precatório. Pagamento na forma do art. 33, ADCT. Honorários advocatícios e periciais: caráter alimentar. ADCT, art. 33.

I – Os honorários advocatícios e periciais têm natureza alimentar. Por isso, excluem-se da forma de pagamento preconizada no art. 33, ADCT.

II – RE não conhecido.” (RE n. 146.318-SP, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 4.4.1997, p. 10.537).

Nesse sentido, faz-se necessário transcrever as razões de decidir adotadas pelo eminente Ministro Carlos Velloso, em voto proferido no RE n. 146.318-SP, que, de forma esclarecedora, assim colocou à espécie:

“Os honorários advocatícios e periciais remuneram serviços prestados por profissionais liberais e são, por isso, equivalentes a salários. Deles depende o profissional para alimentar-se e aos seus, porque têm a mesma finalidade destes. Ora, se vencimentos e salários têm a natureza alimentar, o mesmo deve ser dito em relação aos honorários.”

Assim sendo, entendo que os honorários advocatícios, sejam eles contratuais ou sucumbenciais, possuem natureza alimentar, porquanto provêm do fruto do trabalho destes profissionais liberais e decorrem do êxito e da satisfação de obrigações devidas do seu exercício laboral.

Ante o todo exposto, *dou provimento* ao recurso ordinário, para declarar a natureza alimentar dos honorários advocatícios em causa, classificando-os na ressalva do art. 100, **caput**, da Constituição Federal.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.021 – RJ

(Registro n. 2001.0035734-2)

Relator: Ministro Paulo Medina
Recorrente: União
Tribunal de origem: Tribunal Regional Federal da 2ª Região
Impetrado: Desembargador-Relator do Agravo de Instrumento n. 980214407-0 da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região
Recorrida: Ocidental Navegação Ltda
Advogado: Francisco das Chagas Paiva Ribeiro

EMENTA: Processual Civil – Mandado de segurança – Perda de objeto – Carência da ação não configurada – Ato judicial – Flagrante ilegalidade, análise do mérito – Inteligência do art. 515 do CPC – Cobrança de dívida – Fazenda Pública – Procedimento especial – Tutela antecipada – Ausente requisito essencial – Impossibilidade do deferimento.

1. A suspensão de medida liminar deferida em agravo de instrumento, com pedido e fundamento diverso do mandado de segurança impetrado em face de decisão proferida em outro recurso advindo do mesmo processo originário, não implica em perda de objeto da ação mandamental. Carência da ação não configurada.

2. Cabe mandado de segurança atacando ato judicial contra o qual se interpõe recurso sem efeito suspensivo, bem como no caso de flagrante ilegalidade. Precedentes.

3. O deferimento de medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial, ainda não admitido na instância de origem, é

matéria controvertida nesta Corte, e, portanto, não exclui a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato lesivo a direito líquido e certo.

4. Os direitos e obrigações de companhia extinta, transferidos para a União em virtude de lei, estão sujeitos ao regime previsto pelas normas de Direito Público e não mais de Direito Privado.

5. Ausência de requisito essencial para concessão de tutela antecipada, o que importa em impossibilidade do seu deferimento.

6. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Franciulli Netto e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 17 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator.

Publicado no DJ de 11.11.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso ordinário interposto pela União Federal contra acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que extinguiu, sem julgamento do mérito, mandado de segurança por ela impetrado, dispondo assim a ementa:

“Processual Civil. Mandado de segurança impetrado no juízo **ad quem**. Perda de objeto. Carência de ação. Falta de interesse de agir. Competência do STJ para suspender a execução.

– Impetrado mandado de segurança no juízo **ad quem**, para anulação de ato judicial que revoga efeito suspensivo a agravo, e tendo o Presidente do STJ exarado decisão suspendendo a decisão atacada até o julgamento do agravo de instrumento, é de se considerar prejudicado

o pedido de segurança, por ausência de interesse processual a fundamentá-lo.

– Matéria que diz respeito a pressupostos processuais e a condições da ação pode ser examinada de ofício, em qualquer grau de jurisdição.

– Verificada a perda do objeto da ação, impõe-se a extinção do feito, sem julgamento de mérito.

– Interpostos que foram recurso especial e recurso extraordinário, a competência para suspender a execução do **decisum**, caso não houvesse ainda sido suspensa, seria do STF ou do STJ.

– A interpretação que o STJ vem dando ao artigo 288 do seu Regimento Interno tem sido no sentido de que é possível a concessão de medida cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso especial comprovadamente interposto, mas que ainda não se ache sob a sua jurisdição.”

Alega a Recorrente que o pedido formulado no mandado de segurança (anular a decisão proferida no Agravo Regimental n. 980214407-0, em trâmite perante a Terceira Turma do TRF da 2ª Região) difere do pedido de suspensão de liminar acatado pelo Presidente desta Corte, nos autos do Agravo de Instrumento n. 980233579-7. Aduz que o **mandamus** não perdeu o objeto, pois a referida decisão deste STJ limita-se a suspender, tão-somente, o levantamento da quantia depositada à disposição do r. juízo monocrático, não se referindo às anteriores decisões impugnadas através do remédio heróico.

Assevera que não procede a argumentação de que a competência para suspender a execução do **decisum**, caso não houvesse ainda sido suspensa, seria do STF ou STJ, vez que o pedido consignado no mandado de segurança é mais amplo do que mero pedido de suspensão.

Sustenta que com a extinção da Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro – Lloydbras, seus bens foram transferidos para o patrimônio da União, portanto, regidos pelo Regime Jurídico do Direito Público, tornando-se, desta forma, impenhoráveis e sujeitos à execução especial estipulada pelo art. 100 da Constituição Federal e pelos arts. 730 e 731 do estatuto processual civil.

As contra-razões foram apresentadas, porém, inexistindo procuração outorgada ao advogado-subscritor, foram elas anexadas à contracapa, sustentando que a decisão do Presidente do STJ implicou na perda de objeto

do **mandamus** e a execução provisória baseou-se no art. 273 do CPC, enfim, busca a confirmação do aresto hostilizado.

Parecer da Procuradoria Geral da República às fls. 169/173, opinando pelo provimento do recurso, a fim de que seja examinado o mérito do mandado de segurança.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Assiste razão à Recorrente.

Decido:

a) a recorrida, Ocidental Navegação Ltda, ajuizou ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, em face da recorrente, União Federal, pleiteando ressarcimento por perdas e danos em virtude de ilícito contratual da extinta Cia de Navegação Lloyd Brasileiro – Lloydbras, sendo o referido ente público sucessor de todos os direitos e obrigações, por força do § 2º, art. 1º da Lei n. 9.617, de 2.4.1998;

b) a tutela antecipada foi deferida pelo Juízo Federal da 30ª Vara-RJ, nos seguintes termos: “para que a União Federal faça constar dos atos de alienação dos navios Rio Coari, Rio Assu e Rio Jaguaribe II e outros que venha a alienar, a reserva de recursos até o equivalente em reais ao correspondente pretendido de US\$ 8.404.373,78, recursos esses que deverão ficar à disposição deste juízo como garantia dos créditos privilegiados, nos termos do art. 476 do Código Comercial Brasileiro, objeto de um dos pedidos, até decisão final da ação”. Posteriormente, o mesmo juízo determinou a busca e apreensão dos valores em reserva, com pedido de transferência daquele valor para conta à disposição do Juízo da 30ª VFRJ;

c) inconformada, a Recorrente interpôs agravo de instrumento, obtendo efeito suspensivo pelo desembargador-substituto, cuja decisão desafiou agravo regimental pela Recorrida. Interposto este último recurso, o desembargador originário deferiu efeito suspensivo positivo para que o MM. Juiz da 30ª VFRJ processasse a “execução provisória da tutela antecipada, expedindo os alvarás de levantamento”;

d) contra esta decisão, interpôs a Recorrente agravo regimental, a que a egrégia Terceira Turma do TRF da 2ª Região negou provimento;

e) nesse esteio, a Recorrida formulou pedido de execução provisória da antecipação da tutela objetivando o levantamento da quantia depositada

à disposição do Juízo da 30ª Vara Federal, que foi indeferido. Irresignada, a Empresa-recorrida agravou da decisão, tendo sido deferido efeito suspensivo ao agravo, autorizando a execução provisória da tutela antecipada;

f) diante do referido deferimento liminar, a Recorrente requereu pedido de suspensão daquela decisão, ao fundamento de que vultosa importância sairia dos cofres do Tesouro Nacional, com remota possibilidade de retorno, ao então Presidente deste Tribunal, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, que assim se pronunciou:

“Tenho entendido, em situações como a da espécie, que a disponibilidade de vultosas quantias dos cofres públicos, para levantamento imediato por particulares, sem probabilidade de retorno assegurado e sem maiores meditações quanto aos reflexos no fluxo de caixa federal, deve ser examinada com prudência e somente deferida **cum grano salis**.

De fato, o crucial momento da economia mundial que vivenciamos recomenda redobrada cautela com a liberação imediata de valores na casa de milhões de dólares americanos, especialmente quando requerida em sede de cognição sumária do exame da pretensão liminar.

Tanto assim que a legislação de regência concernente à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública (Lei n. 9.454, de 10.9.1997) sinaliza em sentido contrário à decisão ora hostilizada.

(...)

Ante os pressupostos autorizadores da drástica medida pleiteada, que considero presentes, defiro o pedido em ordem a suspender a liminar da lavra do eminente Desembargador-Relator do Agravo de Instrumento n. 30.307-RJ, em curso perante o egrégio Tribunal Regional Federal, até o efetivo julgamento daquele recurso.”

A primeira questão a ser analisada, portanto, refere-se à seguinte indagação: se o deferimento da suspensão de liminar, pelo Presidente do STJ, que fora concedida no agravo de instrumento, determinando o levantamento da quantia depositada, teria esgotado o objeto do presente mandado de segurança e, desta forma, ausente o interesse de agir da Recorrente.

Tenho que a resposta é negativa. São pedidos distintos, posto que formulados em virtude de decisões distintas.

Pelo que se depreende dos autos, a decisão atacada pelo mandado de segurança tem como conteúdo a reserva de determinado numerário referente à venda, pela União Federal, de três navios da extinta Lloydbras, como garantia de eventual débito desta última para com a Ocidental, bem como os demais atos subseqüentes oriundos desta decisão.

Já o pedido de suspensão de medida liminar, deferida em agravo de instrumento, traz em seu bojo a determinação da expedição dos alvarás de levantamento, dando-se cumprimento à provisória execução da tutela antecipada. O eminente Presidente desta Corte determinou, portanto, a suspensão desta ordem, até que fosse julgado o agravo de instrumento.

Como se vê, a decisão retro tem seu prazo de validade limitado ao julgamento do agravo pelo TRF, ao passo que o objeto do **mandamus** visa anular a concessão da tutela antecipada que desencadeou uma série de medidas lesivas ao Erário e possivelmente irreversíveis, tais como, levantamento de depósitos, que ao serem estornados em cumprimento à determinação do Presidente deste STJ, já não correspondiam ao total levantado.

Ressalte-se, inclusive, a diversidade dos fundamentos: o pedido de suspensão formulado ao Presidente do STJ funda-se na grave lesão à economia pública, sendo que o pedido formulado no **mandamus** funda-se na ilegalidade de ato judicial que manteve a concessão da tutela antecipada, sendo este último bem mais abrangente.

Entendo, portanto, que não está prejudicado o pedido, devendo-se proceder ao exame de mérito do **mandamus**.

Lado outro, ainda que se argumente a impropriedade do mandado de segurança para se refutar decisão judicial, há inúmeras decisões desta Corte no sentido de que, em se tratando de recurso sem efeito suspensivo, ou flagrante a ilegalidade do **decisum**, capaz de causar graves danos, o remédio heróico apresenta-se como via adequada.

Reporto-me, neste sentido, ao voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, esposado no RMS n. 3.783-5-SP, DJ de 21.11.1994:

“Assim, a conclusão inicial deve ser pela possibilidade em tese de mandado de segurança contra ato jurisdicional de Câmara separada.

Contudo, atendendo às valiosas e não de todo superáveis ponderações e restrições suscitadas, creio que para a admissibilidade do mandado de segurança em tal caso deve ser posta como condição especial a de que a decisão atacada seja a expressão de flagrante ilegalidade,

causadora de dano grave e injusto de difícil reparação, que não poderá ser evitado através de outros instrumentos processuais. Apóio-me na argúcia e na experiência do Ministro Eloy José da Rocha: ‘Esse critério não é dos melhores, porque em certa medida mistura a preliminar com o mérito, mas reconheço hoje, com a perspectiva do juiz, que o critério é útil e aceitável, desde que aplicado com prudência (...)’

Também não subsiste o fundamento expendido no acórdão recorrido, de que interpostos que foram o recurso especial e o recurso extraordinário, a competência para suspender a execução do **decisum** seria do STF ou do STJ, pela interpretação que vem adotando o STJ de ser possível a concessão de medida cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso especial comprovadamente interposto.

Ora, é certo que esta Corte, em casos excepcionalíssimos, vem adotando este entendimento, porém a questão ainda não se encontra pacificada, verificando-se as mais diversas posições, principalmente na hipótese, como a presente, em que o recurso especial sequer fora admitido.

Portanto, exigir-se o requerimento de medida cautelar para conferir efeito suspensivo ao recurso especial, em detrimento do **mandamus**, em casos de dano grave e de difícil reparação como o presente, seria retirar da parte que vem sofrendo o dano o meio mais eficaz de combate à permanência dos atos abusivos, constitucionalmente garantido, por isso mesmo chamado remédio heróico.

E agora à análise de mérito do mandado de segurança que ensejou este recurso ordinário, face à prerrogativa instituída pela nova redação do § 3º do art. 515 do CPC, conferida pela Lei n. 10.352, de 26.12.2001, **verbis**:

“Art. 515.

(...)”

§ 3º. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o Tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”

Observe-se que, por força do art. 540 do CPC, esta norma voltada às apelações tem aplicação em sede de recurso ordinário interposto contra decisão que denegou mandado de segurança.

Ademais, sua aplicação à espécie encontra guarida na expressão de **Hely Lopes Meirelles**, “todo mandado de segurança é a ação civil, regida sempre pelas mesmas normas da Lei n. 1.533/1951 e do Código de Processo Civil, qualquer que seja o juízo competente para julgá-lo” (Mandado de Segurança, 23ª ed., Malheiros, p. 69).

Acresce-se, ainda, que a aplicação do dispositivo legal respalda-se na própria natureza da ação em comento, que é de rito sumário especial, destinada a afastar, de forma célere e eficaz, ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo. Ademais, ressalte-se que este **mandamus** envolve questão exclusivamente de direito, o que autoriza o seu imediato julgamento, sem que isso implique em supressão de instância.

A Recorrente sucedeu a Lloydbras em todos os seus direitos e obrigações, restando esta última extinta, nos termos da Lei n. 9.617/1998. Dispõe o art. 1º, §§ 2º e 3º, do referido diploma legal:

“Art. 1º. Fica extinta a Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro – Lloydbras, sociedade de economia mista, instituída pelo Decreto-Lei n. 67, de 21 de novembro de 1996, ora em fase de liquidação.

(...)

§ 2º. Ficam imediatamente transferidos para a União, na qualidade de sucessora, todos os direitos e obrigações da companhia extinta, bem como todos os seus bens imóveis, móveis, materiais e equipamentos, podendo estes ser alienados, inclusive mediante leilão, pelo administrador, desde que desnecessários ao serviço público federal.

§ 3º. Os processos judiciais em que a Companhia seja parte, ativa ou passivamente, serão imediatamente transferidos para a União, na qualidade de sucessora, sendo representada pela Advocacia Geral da União.”

Destarte, ao integrar o patrimônio da Recorrente, entidade de direito público, o regime dos bens e eventuais cobranças de dívidas estão sujeitos às normas a que se sujeitam as execuções contra a Fazenda Pública, disciplinadas pelo art. 100, **caput**, da Constituição Federal, que estabelece o sistema de precatórios para o pagamento dos débitos, bem como as normas estancadas nos arts. 730 e 731 do CPC.

Ressalto o parecer do representante do Ministério Público Federal, que bem esclarece a questão (fls. 97/101):

“Desta forma, a simples enunciação aos princípios que regem a execução de débitos judiciais contra a Fazenda Pública, já são suficientes para demonstrar a patente ilegalidade da decisão impugnada através do presente **mandamus**, pois no caso concreto em tela, a União Federal, em sendo sucessora legal da Lloydbras, está sendo tratada como se pessoa jurídica de direito privado fosse.

Verifica-se, então, que a partir do momento em que todos os direitos e obrigações da Lloydbras foram transferidos, por força de lei, para a União, deve a execução (ainda que provisória) de todos os débitos judiciais daí advindos, sujeitar-se aos já aludidos princípios aplicáveis à Fazenda Pública, sob pena de ofensa frontal à Carta Magna (art. 100) e à própria lei processual (arts. 730, 731 e 475).”

Sendo assim, o deferimento da tutela antecipada determinando a reserva de numerário e posteriormente o seu levantamento, não obedeceu ao enunciado dos dispositivos legais retromencionados, o que caracteriza sua ilegalidade.

A concessão da tutela tem como requisito essencial a verossimilhança da alegação e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, CPC). A ausência desses requisitos implica na impossibilidade de deferir-la. Verificada a antecipação da tutela pretendida pela parte, em flagrante violação à legislação, há que se registrar imediatamente a ausência da verossimilhança do direito.

Ademais, o § 2º do mesmo art. 273 do CPC dispõe que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

No caso em tela, percebe-se a irreversibilidade do provimento, haja vista que após a decisão do eminente Ministro-Presidente deste STJ, suspendendo liminar em agravo de instrumento, a quantia devolvida pela empresa à conta judicial já não correspondia ao valor inicialmente depositado pela Recorrente, consubstanciando tal fato em grave lesão aos cofres públicos. De acordo com as informações prestadas à fl. 54, pelo magistrado de 1º grau, a quantia estornada não correspondia à totalidade, eis que faltava o valor de R\$ 580.304,63 (quinhentos e oitenta mil, trezentos e quatro reais e sessenta e três centavos).

Finalmente, embora a questão da concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública envolva discussões em nossos tribunais, face ao

questionamento de inconstitucionalidade da Lei n. 9.494/1997, verifico diversos precedentes desta Corte, não a admitindo. Veja-se posicionamento do eminente Ministro Garcia Vieira:

“Não cabe antecipação de tutela contra a Fazenda Nacional porque a execução contra ela é feita de forma especial e com obediência ao disposto nos arts. 730 do CPC, e 100 da CF, máxime quando ausentes os requisitos de sua concessão.” (STJ, Primeira Turma, REsp n. 231.993-PE, rel. Min. Garcia Vieira, j. 16.12.1999, negaram provimento, v.u., DJU de 21.2.2000).

No mesmo sentido: MC n. 1.794-PE, rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 27.3.2000; REsp n. 171.258-SP, rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 10.11.1998; REsp n. 231.550-CE, rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 21.2.2000.

Conseqüentemente, entendo que o ato judicial que se pretende anular, ou seja, a decisão judicial proferida no agravo regimental que manteve a tutela antecipadamente concedida, acarretando o levantamento de vultosa quantia do Erário da União Federal, pela demonstrada ilegalidade, não merece permanecer no mundo jurídico.

Posto isso, *dou provimento* ao recurso ordinário, conhecendo do mandado de segurança e julgando-lhe o mérito, determinando a anulação do acórdão que revogou o efeito suspensivo contra o deferimento da tutela antecipada pelo juízo monocrático, e, conseqüentemente, de todos os atos decorrentes dessa decisão.

RECURSO ESPECIAL N. 57.294 – DF

(Registro n. 1994.0036219-6)

Relator: Ministro Paulo Medina
Recorrente: Banco Central do Brasil
Advogados: Francisco José de Siqueira e outros
Recorrentes: General Motors do Brasil Ltda e outro
Advogados: Marçal de Assis Brasil Neto e outros

Recorridos: Os mesmos

Sustentação oral: Flávio José Roman (pelo Banco Central do Brasil) e Marçal de Assis Brasil Neto (pela General Motors do Brasil Ltda)

EMENTA: Tributário – Imposto Suplementar de Renda – Remessa de lucros para o exterior – Atualização cambial – Leis n. 4.131/1962 e 4.390/1964 – Atualização monetária – Lei n. 6.899/1981 – Inaplicabilidade.

1. Impossibilidade de ser feito desconto pelo valor histórico do recolhimento, impondo-se a atualização cambial do valor retido, “a fim de que o valor do momento do recolhimento corresponda ao valor da remessa dos dividendos”.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Não se aplica a correção monetária prevista pela Lei n. 6.899/1981 quando não há qualquer débito em discussão, tratando-se meramente de pretensão declaratória.

4. Recurso especial provido (Banco Central do Brasil) e recurso especial parcialmente provido (General Motors do Brasil e outro).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso do Banco Central do Brasil e dar parcial provimento ao recurso da General Motors do Brasil Ltda, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Franciulli Netto e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedida a Sra. Ministra Eliana Calmon. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília-DF, 8 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator.

Publicado no DJ de 2.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Tratam-se de dois recursos especiais.

O primeiro recurso especial, interposto pelo Banco Central do Brasil, com fundamento na alínea **c** do permissivo constitucional, visando à reforma de v. acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

“Tributário. Imposto Suplementar de Renda. Lei n. 4.131/1962. Remessa de lucros para o exterior. A obrigação em questão, pela própria denominação de Imposto Suplementar de Renda, é obrigação tributária acessória, seguindo o principal, na forma do art. 113 e parágrafos, do Código Tributário Nacional. Incidência de correção monetária, nos termos da Lei n. 6.899/1981. Reforma, parcial, da sentença. Improvimento do recurso de apelação.”

O segundo, interposto por General Motors do Brasil e outra, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, após decisão que rejeitou os embargos declaratórios por ela opostos, assim ementada:

“Tributário. Imposto Suplementar de Renda. Lei n. 4.131/1962. A correção monetária incide no período compreendido entre o pagamento inicial, originário, e a data do efetivo pagamento referente à subsequente remessa de lucros para o exterior.

Rejeição dos embargos de declaração.”

Alega o primeiro recorrente, Banco Central do Brasil, divergência jurisprudencial, citando um único julgado da Sexta Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos, sustentando que a aplicação da correção cambial no Imposto Suplementar de Renda, devido em razão das remessas de lucros ao exterior, atende ao cumprimento das obrigações de zelar pelas reservas cambiais do País.

Aduz o segundo recorrente que o acórdão recorrido incorreu em julgamento **extra petita**, violando os arts. 128 e 460 do CPC, bem como violou o § 3º da Lei n. 4.131/1962, que não prevê a incidência de correção monetária quando da distribuição dos lucros. Assevera que houve equivocada aplicação da Lei n. 6.899/1981 na presente hipótese, posto que determina a incidência da correção monetária “sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios”.

Contra-razões da segunda recorrente às fls. 383/399.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 417/422, pelo provimento do recurso especial do Banco Central do Brasil e pelo provimento parcial do recurso especial de General Motors do Brasil.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): O primeiro recurso a ser analisado, interposto pelo Banco Central do Brasil, tem como fundamento a alínea c do permissivo constitucional, visando à reforma do v. acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região, assegurando o direito da segunda recorrente de não proceder à correção cambial dos valores recolhidos a título de Imposto de Renda Suplementar, sobre a remessa de lucro para o exterior, determinando a incidência da correção monetária nos termos da Lei n. 6.899/1981.

Para fins de comprovação do dissídio jurisprudencial, colacionou acórdão proferido pela Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, ao julgar a AMS n. 110.403-SP, assim ementado:

“Tributário. Remessa de lucros para o exterior. Imposto Suplementar de Renda. Lei n. 4.131, de 1962, art. 43, com a redação da Lei n. 4.390, de 1964.

I – Recolhimento do Imposto Suplementar de Renda pela fonte pagadora até trinta dias após o decurso do triênio a que corresponder, a débito do beneficiário no exterior, para desconto por ocasião das remessas subseqüentes. Extinção da obrigação tributária no momento em que o responsável efetua o pagamento do tributo. Ocorrência, a partir daí, de relação de natureza obrigacional entre o sujeito passivo indireto e o contribuinte. Impossibilidade de o desconto ser feito pelo valor histórico do recolhimento, sendo necessária a atualização cambial do valor retido. Legitimidade do ato do Banco Central, ao fazer essa exigência, como gestor das reservas cambiais brasileiras.

II – Recurso provido.”

Verifica-se, de imediato, a identidade entre a hipótese colacionada e a tratada nos autos, estando, portanto, devidamente caracterizada a divergência jurisprudencial, bem como atendidos os requisitos do art. 255 do RISTJ.

A questão posta cinge-se em definir se o Imposto Suplementar de Renda, previsto no art. 43 da Lei n. 4.131/1962, modificada pela Lei n. 4.390/1964, deduzido da remessa de lucros ao exterior, deve ser cambialmente corrigido entre a data do recolhimento e a data da referida remessa.

Nos termos da referida lei, os dividendos relativos a investimentos feitos no País e remetidos ao exterior sujeitam-se ao Imposto Suplementar de Renda, que incide sobre os lucros que, em cada triênio, excederam a 12% do capital médio e reinvestimentos registrados no Banco Central do Brasil. Apurado o excesso no fim de cada triênio, o imposto é recolhido pela fonte pagadora, que debita-o da conta do investidor estrangeiro, procedendo ao desconto do seu valor na remessa dos lucros subsequente.

Na hipótese dos autos, no triênio encerrado em 31.12.1987, General Motors do Brasil distribuiu lucro em valor superior à média acima, tendo recolhido o Imposto Suplementar na forma devida. Impetrou mandado de segurança para garantir que o Recorrente se abstenha de exigir o desconto do referido imposto da cotista estrangeira, General Motors Corporation, à taxa do câmbio do dia da distribuição.

Para melhor compreensão do assunto, passo a transcrever o voto-condutor da lavra do eminente Ministro Carlos Velloso, proferido no Acórdão paradigma, na AMS n. 110.403 do TFR:

“... Ao lado da disciplina tributária que encerra o artigo 43 da Lei n. 4.131, de 1962, e do vínculo obrigacional que, a partir da Instrução Normativa n. 17, de 1971, se formou entre a fonte pagadora e o beneficiário do rendimento no exterior, outra promana, de natureza eminentemente cambial, e na qual estão os objetivos primordiais de sua introdução no texto da lei: restringir, de forma não-obrigatória, a saída de divisas do território nacional. E haverá quem sustente que esse aspecto do dispositivo, repita-se, de índole estritamente cambial, não está afeto à área de atuação exclusiva do Banco Central do Brasil?

O que importa perquirir, portanto, para a solução da presente lide, está unicamente em saber se encerra qualquer ilegalidade o ato do Banco Central que, no exame do aspecto cambiário desse dispositivo, conclui que só estaria autorizado a sair do território nacional o valor em moeda estrangeira que observasse a dedução, no momento da remessa, ao equivalente, nessa mesma expressão monetária, àquilo que, anos atrás fora recolhido pela pessoa jurídica sediada no Brasil, a título de Imposto Suplementar de Renda.

Também o resultado dessa pesquisa, a nosso ver, se impõe negativo, pois todo o sistema da lei, a um exame harmônico de seus dispositivos, indica que o tributo suplementar de renda deve, realmente, observar o correspondente em moeda estrangeira quando da ocasião de sua remessa ao exterior.

Sobre ser esse, aliás, o único escopo possível a se extrair do artigo 43 da Lei n. 4.131, de 1962, e a única exegese realizável que o torne compatível com o conjunto da lei, diz, a nosso ver, com ponderações irrespondíveis, o Dr. Luiz Carlos Sterzenegger, digno Chefe-Adjunto do Departamento Jurídico do Banco Central do Brasil, no parecer que, às fls. 115/127, minuciosamente analisou a questão:

‘Ora, se o imposto incide sobre remessas já realizadas – obviamente em moeda estrangeira – e se delas haveria, a rigor, de ter sido previamente descontado, e no mesmo padrão monetário (não o sendo pelas dificuldades já referidas), resulta claro que o investidor estrangeiro recebeu, a título de lucros e dividendos, quantia superior – na exata medida do montante em moeda estrangeira correspondente ao imposto recolhido – àquele que, nos termos da lei brasileira, lhe seria permitido.

Tal fato, de evidência palmar, leva à conclusão inarredável de que o valor a ser deduzido das remessas subseqüentes não pode ser outro que não aquele que traduza, com fidelidade, o que foi recebido em excesso pelo investidor estrangeiro, em outras palavras, o correspondente, ao câmbio da data da remessa, àquele em moeda estrangeira convertido em cruzeiros, para efeito de recolhimento.’

Exemplifiquemos:

Excesso hipotético ocorrido no triênio: US\$ 100.000.

Alíquota de ISR aplicável – 60%. Câmbio da data do fato gerador – Cr\$ 1.000,00 por US\$.

Imposto recolhido em 30.1: Cr\$ 60.000.000,00, equivalente a US\$ 60.000, 60% de US\$ 100.000.

Isso significa que o investidor estrangeiro recebeu, a título de lucros e dividendos por sua participação em empresa sediada no País, valor correspondente a US\$ 60.000, que aqui deveriam ter permanecido.

Suponhamos que a primeira remessa a ser realizada para o exterior só ocorra 9 meses após a data do recolhimento, já com a taxa cambial – consequência inexorável do ritual inflacionário brasileiro – a Cr\$ 1.500,00 por US\$.

A prevalecer a tese defendida pela empresa, reter-se-ia dos valores então remissíveis não o equivalente, à data da remessa, a US\$ 60.000, mas, sim, a mesma importância, em cruzeiros, recolhida, ou seja, Cr\$ 60.000.000,00, que não representarão mais, é bem de ver, os mesmos US\$ 60.000, senão que apenas US\$ 40.000.

Fácil verificar que essa hipótese não só possibilitaria ao investidor externo a percepção de lucros e dividendos em montante superior ao autorizado pela lei, como redundaria em prejuízo para a própria empresa aqui sediada, dado que a importância em cruzeiros com que posteriormente se ressarciria do crédito concedido a seu investidor, pelo recolhimento do imposto em seu nome, não guardaria a menor relação de identidade com o valor desse crédito.

‘O imposto suplementar deve ser descontado das remessas, pelo que o beneficiário dos dividendos os irá receber líquidos do imposto suplementar’, observa, ainda, **Alberto Xavier**. ‘Por esta razão, não é lícito ao contribuinte pagar o seu imposto suplementar com cruzeiros que eventualmente detenha no Brasil, pois que isso apenas significaria o direito a uma remessa superior à autorizada por lei (...). O fato de o imposto dever ser descontado das remessas significa que este é um encargo final do residente no exterior; não deve, porém, impedir que, por acordo entre substituto e substituído, o primeiro compense esse imposto em créditos deste, sem aguardar o momento da remessa, mas, nesta hipótese, deverá comunicar-se o fato ao Banco Central do Brasil, que reduzirá, na mesma medida, os valores remissíveis’ (estudo citado).”

Como se vê pelo exemplo colacionado, a correção cambial tem como escopo impedir a saída do País de volume em moeda estrangeira superior ao autorizado por lei, ou seja, harmonizar o real objetivo da norma legal instituída, bem como defender os legítimos interesses nacionais. Inexiste qualquer ilegalidade na sua aplicação, posto que, face à roda inflacionária, o desconto pelo valor histórico do imposto acarretaria uma diminuição do montante de moeda estrangeira a ser retida no País, não só em detrimento da empresa brasileira, mas, sobretudo, das reservas nacionais.

Ressalte-se os precedentes desta Corte, que compartilham o entendimento do acórdão paradigma:

“Tributário. Imposto Suplementar de Renda – ISR. Remessa de lucros para o exterior. Atualização cambial. Leis n. 4.131/1962 (art. 43) e 4.390/1964. CTN, artigos 97, III, e 114. Instruções Normativas SRF n. 17/1971 e 49/1982.

1. Impossibilidade de ser feito desconto pelo valor histórico do recolhimento, impondo-se a atualização cambial do valor retido, ‘a fim de que o valor do momento do recolhimento corresponda ao valor da remessa dos dividendos’.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso improvido.” (REsp n. 79.400-RJ, rel. Min. Milton Luiz Pereira, publicado no DJ de 2.9.1996).

“Tributário. Agravo regimental. Recurso especial. Imposto Suplementar de Renda. Remessa de lucros para o exterior. Atualização cambial. Art. 43 da Lei n. 4.131/1962.

O Imposto Suplementar de Renda incidente sobre remessas de lucro em moeda estrangeira ao exterior deve conter atualização cambial, em face da data da remessa.

‘Impossibilidade de ser feito desconto pelo valor histórico do recolhimento, impondo-se a atualização cambial do valor retido, a fim de que o valor do momento do recolhimento corresponda ao valor da remessa dos dividendos.’ (REsp n. 79.400-RJ, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 2.9.1996).

Agravo Regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 129.227-SP, rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 12.8.2002).

“Tributário. Imposto Suplementar de Renda. Remessa de lucros. Lei n. 4.131/1962 e Decreto-Lei n. 2.073/1983. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Negativa de vigência à lei federal. Inocorrência. Precedente.

1. Não vinga o recurso especial pelo permissivo da letra a, quando não prequestionados os dispositivos de lei federal ditos violados.

2. Tendo o acórdão recorrido interpretado corretamente o art. 43 da Lei n. 4.131/1962, com a redação do Decreto-Lei n. 2.073/1983, sobretudo em relação ao seu § 3º, não há falar em negativa de vigência a essa norma legal.

3. Recurso especial do qual não se conhece.” (REsp n. 30.288-RJ, rel. Min. Peçanha Martins, DJU de 25.11.1996).

Entendo, portanto, pelo cabimento da atualização cambial sobre o valor a ser descontado da remessa de dividendos ao exterior, a título de Imposto Suplementar de Renda.

Passo à análise do recurso especial interposto pelas segundas recorrentes, General Motors do Brasil Ltda e outra, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional.

Aduzem as Recorrentes que o acórdão atacado teria violado os arts. 128 e 460 do CPC, posto o objeto da lide estar restrito à discussão acerca da incidência ou não de correção cambial sobre os valores a serem descontados no momento da remessa dos lucros ao exterior, sendo que foi determinada a incidência da correção monetária sobre tais operações. Asseveram, portanto, que o v. acórdão recorrido não poderia, **ex officio**, ter imposto a atualização monetária da Lei n. 6.899/1981.

Alegam, outrossim, a aplicação incorreta da Lei n. 6.899/1981, visto que a referida lei determina a incidência da correção monetária “sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios, e no presente caso não há débito em discussão, nem crédito a ser reclamado”. Por fim, aduzem violação ao art. 43, § 3º, da Lei n. 4.131/1962, que não prevê a incidência de correção monetária quando da remessa dos lucros para o exterior, requerendo o provimento do recurso especial, para se revigorar a sentença de 1º grau.

Ressalte-se, em primeiro lugar, que a correção monetária, conforme entendimento pacificado, não constitui acréscimo, mas simples recomposição da moeda alvitada pela inflação, independentemente de pedido expresso. Não se trata, portanto, de decisão **extra petita**.

No entanto, no presente caso, patente a impossibilidade de aplicação do comando estabelecido na Lei n. 6.899/1981, que dispõe, em seu art. 1º:

“Art. 1º. A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.”

A questão posta nos autos cinge-se à aplicação ou não da correção cambial sobre o Imposto Suplementar de Renda devido em razão de remessa de lucros ao exterior. Não se discutiu, em momento algum, se o imposto era devido ou não, restando apenas definir se o valor seria o mesmo verificado

à época da ocorrência do fato gerador (recolhimento do imposto pela empresa), ou se seria cabível a correção cambial, quando das remessas subseqüentes para o exterior.

Embora se trate de mandado de segurança, e por isso a decisão proferida contém uma ordem, assemelha-se esta a uma ação declaratória fiscal, na qual se pretende o reconhecimento do direito de recolher o imposto no valor histórico.

Conforme pacificado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, não cabe em ação declaratória fiscal a incidência de correção monetária. Neste sentido, veja-se a decisão prolatada pelo eminente Ministro Rafael Mayer, no RE n. 108.230-5, publicado no DJ de 4.4.1986:

“Ementa: ICM. Creditamento. Sentença declaratória. Descabimento de correção monetária.

– Cabe, ação declaratória, reconhecer o direito ao creditamento do ICM no quantitativo isento na importação de matéria-prima, mas sem a incidência de correção monetária, conforme decidido, pelo Pleno, no ERE n. 104.963.

– Recurso extraordinário conhecido e provido, em parte.”

Da mesma forma que no caso em comento, a ação declaratória objetivava o reconhecimento do direito de creditar o tributo em determinado quantitativo, não se tratando de reclamação de crédito via judicial.

Destarte, face à impossibilidade da aplicação da Lei n. 6.899/1981, não há que incidir a correção monetária conforme determinado no v. acórdão vergastado.

Posto isso, *dou provimento* ao recurso especial interposto pelo Banco Central do Brasil e *dou parcial provimento* ao recurso de General Motors do Brasil Ltda, apenas para reconhecer a inexigibilidade da correção monetária, nos termos da Lei n. 6.899/1981.

RECURSO ESPECIAL N. 71.250 – SP

(Registro n. 1995.0038196-6)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrentes: Justino de Andrade (espólio) e outros

Advogados: Daniel Schwenck e outro
Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Sérgio Nogueira Barhum e outros
Sustentação oral: Daniel Schwenck (pela recorrente)

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial – Súmula n. 188 do TFR – Inaplicabilidade – Honorários advocatícios – Verba autônoma – Condenação – Trânsito em julgado – Posterior acordo entre as partes – Inalterabilidade – Art. 99, § 2º, da Lei n. 4.215/1963.

1. A parte que permaneceu silente, quando da abertura de vista dos cálculos, pode apelar da sentença que os homologa, pois, a teor do entendimento da Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, a Súmula n. 188 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que preceituava que “na liquidação por cálculo do contador, a apelação da sentença homologatória ressenete-se do pressuposto de admissibilidade, quando o apelante não tenha oferecido oportuna impugnação”, não é mais aplicável.

2. Conforme disposto no art. 99, § 2º, da Lei n. 4.215/1963, a verba honorária possui caráter autônomo e integra o patrimônio do advogado, não podendo ser objeto de transação firmada entre as partes, sem a sua aquiescência.

3. Não obstante a existência de disposição legal afirmando que os honorários pertencem ao advogado, *in casu*, houve, ainda, prévio contrato entre os expropriados e seu patrono, avençando que a verba a este último pertenceria.

4. Não carece a execução de título judicial se, a despeito do acordo celebrado entre expropriante e expropriados após o trânsito em julgado da decisão proferida na expropriatória, subsiste a condenação em honorários advocatícios.

5. Recurso especial dirigido contra o acórdão dos infringentes não conhecido. Conhecido e provido o recurso interposto contra a parte unânime do acórdão que julgou a apelação cível para determinar o prosseguimento da execução.

ACÓRDÃO

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

e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do primeiro recurso e dar provimento ao recurso' da parte, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto. Presidiu a sessão a Ministra Eliana Calmon.

Brasília-DF, 12 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora.

Publicado no DJ de 9.12.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: A Fazenda do Estado de São Paulo propôs ação em desfavor de Justino de Andrade e sua esposa Rita de Jesus Andrade, visando à desapropriação de imóvel rural situado em Teodoro Sampaio-SP, Município localizado na região conhecida como Pontal do Paranapanema.

Oferecida contestação e realizada a instrução processual, foi a ação julgada procedente, sendo a Expropriante condenada ao pagamento da quantia de Cz\$ 4.128.530,54 (quatro milhões, cento e vinte e oito mil, quinhentos e trinta cruzados e cinquenta e quatro centavos), acrescida de correção monetária, juros moratórios e compensatórios, bem como a pagar "honorários advocatícios de 1,5% sobre a diferença entre a indenização (incluindo correção monetária e ambas as modalidades de juros), e a oferta inicial (esta igualmente corrigida)" (fl. 547).

Houve apelo de ambas as partes e remessa oficial, sendo que, no essencial, foi parcialmente provido o recurso dos Expropriados para "elevação do percentual da honorária fixada em 1,5% para 18% sobre a base de cálculo preconizada na Súmula n. 617 do Supremo Tribunal Federal, devendo a fixação obediência ao art. 20, §§ 3^a e 4^a, do Código de Processo Civil" (fl. 606).

O acórdão transitou em julgado (certidão de fl. 608, verso).

O espólio de Justino de Andrade foi habilitado no processo (fl. 617).

Às fls. 667/668, noticia a Fazenda que foi celebrado acordo entre as partes, onde restou consignado que cada um responderia "pela verba honorária de seu advogado e, proporcionalmente, pelas custas e demais despesas processuais". (fl. 668).

A transação foi homologada, sendo deferido o levantamento, à Expropriante, dos valores depositados, após ser descontada a verba honorária, porquanto entendeu o MM. Juiz de Direito, atendendo à petição do causídico dos Expropriados, que o acordo feito “após a sentença, sem aquiescência do seu advogado, é ineficaz quanto aos honorários, pois a parte não tem disponibilidade dessa verba, não podendo renunciá-la nem fazer transação com o vencido”. (fls. 681/682).

Diante da decisão supra, foram os autos remetidos à Contadoria para apuração do **quantum** devido a título de verba honorária.

Os cálculos apresentados foram homologados (fls. 753/754), tendo a Fazenda apelado da decisão.

A Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça paulista, por maioria, conheceu da apelação e, ultrapassada a questão processual, à unanimidade, deu-lhe provimento, nos seguintes termos, **in verbis**:

“Procede a apelação porque não há título a ser executado, não se justificando a realização da liquidação. Houve acordo entre a Expropriante e Expropriados, pelo qual estes, entre outras disposições, se responsabilizaram pelo pagamento dos honorários devidos aos seus patronos. A quantia, fixada no v. acórdão que julgou a ação, pertencia aos Expropriados, de acordo com o disposto no artigo 20 do Código de Processo Civil. Esta regra, sendo posterior à Lei n. 4.215/1963, afasta a possibilidade de incidência no disposto no artigo 99, §§ 1^a e 2^a, do segundo diploma, que dizem respeito ao cabimento de execução autônoma da verba honorária e da impossibilidade de acordo entre as partes sobre honorários concedidos pela r. sentença. Se os honorários pertencem à parte, ela pode dispor a respeito deles, respondendo, é evidente, perante seus advogados, pelo pagamento das quantias com eles contratadas. A parte adversa, que, por meio de transação, obteve quitação dessa obrigação, é que não é devedora perante os advogados. Nesse sentido, já decidiu este Tribunal (Jurisprudência do Tribunal de Justiça, Lex, vol. 126/127).

Não socorre aos advogados dos Recorridos o contrato que juntaram à fl. 797. Por ele, verifica-se que na desapropriatória se convencionou o pagamento de honorários de dez por cento da diferença entre a oferta e a indenização, e que o Expropriado renunciou em favor dos seus advogados ao recebimento dos honorários ‘que vier a receber da parte contrária, por efeito da sucumbência, caso esta venha

perder a demanda, a título de parte variável dos honorários contratados'. Tal disposição, além de não oponível à Apelante, que é terceira, é impressa em contrato de adesão, redigido pelos causídicos, revelando-se totalmente imprópria para compor o ajuste, onde, no caso da expropriatória, só foi estipulada verba variável. Aliás, se não houve recebimento, como entender incidente a disposição? De qualquer forma, ela não atribui aos advogados o direito aos honorários estipulados pela sucumbência, podendo, quando muito, autorizar que, até o limite ajustado de dez por cento entre a oferta e a indenização, eles tivessem direito ao levantamento do depósito em pagamento, se ele sucedesse.

Pelo exposto, dá-se provimento à apelação para o fim de anular a liquidação desde o início pela ausência de título executivo, prejudicado o exame do conteúdo do cálculo." (fls. 813/814).

Houve oposição de embargos declaratórios, os quais restaram rejeitados (fls. 836/838). Foram interpostos embargos infringentes quanto à preliminar de não-conhecimento de apelação e recurso especial da parte unânime do aresto.

Os infringentes foram rejeitados, por maioria, sob o fundamento de que, em face da redação dada ao art. 605 do Código de Processo Civil pela Lei n. 8.898/1994, não seria mais aplicável o comando da Súmula n. 188 do extinto Tribunal Federal de Recursos, cujo enunciado diz que "na liquidação por cálculo do contador, a apelação da sentença homologatória resente-se do pressuposto de admissibilidade, quando o Apelante não tenha oferecido oportuna impugnação". Desse julgado, novo recurso especial foi interposto.

Os recursos especiais, fulcrados nas alíneas a e c do permissivo constitucional, trazem em suas razões as seguintes teses:

a) negativa de vigência ao art. 99, § 2º, da Lei n. 4.215/1963, com a redação dada pela Lei n. 7.346/1985, e ao art. 22, §§ 3º e 4º, da Lei n. 8.906/1994, ao art. 584 do Código de Processo Civil, e ao art. 1.065 do Código Civil, bem como dissenso pretoriano, pela parte unânime do acórdão que julgou a apelação cível, porquanto os honorários constituem direito autônomo do advogado, não podendo ser objeto de acordo firmado pelas partes sem sua presença. Asseveram as razões que, mesmo que se considere, em face da legislação vigente à época, que os honorários pertencem à parte, na espécie, os Expropriados transferiram tal verba a seus patronos,

mediante contrato expresse, cuja validade não pode ser questionada pelo simples fato de ser cláusula impressa;

b) negativa de vigência ao art. 503 do Código de Processo Civil e divergência com a Súmula n. 188 do extinto Tribunal Federal de Recursos, quanto ao acórdão dos infringentes, porquanto, tendo a Fazenda impugnado intempestivamente os cálculos, não poderia ter apelado da sentença que os homologou.

Sem contra-razões e admitidos os recursos na origem, ascenderam os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República lavrou parecer que guarda a seguinte ementa, **in verbis**:

“1. Processual Civil. Honorários advocatícios.

2. Acordo extrajudicial firmado entre as partes. Falta de anuência dos patronos da causa. Impossibilidade de alteração do acordo das partes e seus advogados.

3. Recurso especial no acórdão que julgou apelação. Aplicação do artigo 99, § 2^a, da Lei n. 7.346. Inaplicabilidade do artigo 20, CPC.

4. Segundo recurso especial. Acórdão que julgou embargos infringentes. Impugnação aos cálculos produzida pela Fazenda Nacional. Erro cartorário quanto à certificação.

5. Parecer do Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do primeiro recurso especial, e pelo conhecimento e improvimento do segundo recurso.” (fl. 895).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, não merece prosperar o recurso dirigido contra o acórdão proferido em sede de embargos infringentes, uma vez que o entendimento nele esposado coaduna-se com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, firmada no sentido da inaplicabilidade da Súmula n. 188 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Nesse sentido:

“Processual Civil. Liquidação de sentença. Cálculo. Ausência de impugnação. Homologação. Apelação.

I – A circunstância de não haver a parte-devedora impugnado, em tempo oportuno, a conta de liquidação, tal inércia não constitui renúncia prévia ao direito de recorrer da decisão homologatória que lhe fora desfavorável.

II – Embargos de divergência acolhidos.” (EREsp n. 84.451-SP, Corte Especial, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 12.5.1997).

“Processual Civil. Cálculos do contador. Impugnação intempestiva. Apelação. Súmula n. 188 do TFR. Não-aplicabilidade.

1. A falta de impugnação ao cálculo do contador não implica em renúncia ao direito de apelar. Uniformizado o entendimento neste Superior Tribunal pela não-aplicabilidade da Súmula n. 188 do TFR. (EREsp n. 84.451-SP, Corte Especial, sessão de 19.2.1997).

2. Embargos de divergência conhecidos e recebidos.” (EREsp n. 79.664-SP, Corte Especial, rel. Min. Américo Luz, DJ de 28.8.2000).

Nesse contexto, incide na espécie o comando da Súmula n. 83 do STJ, **in verbis**:

“Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

Quanto ao recurso especial interposto em face da parte unânime do aresto que julgou a apelação cível, contudo, melhor sorte ampara os Recorrentes.

O art. 99 da Lei n. 4.215/1963, com a redação dada pela Lei n. 7.346/1985, tinha a seguinte redação, **in verbis**:

“Art. 99. Se o advogado ou provisionado fizer juntar aos autos, até antes de cumprir-se o mandato de levantamento ou precatório, o seu contrato de honorários, o juiz determinará lhe sejam estes pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.

§ 1º. Tratando-se de honorários fixados na condenação, tem o advogado ou o provisionado direito autônomo para executar a sentença nessa parte, podendo requerer que o precatório, quando este for necessário, seja expedido em seu favor.

§ 2º. *Salvo aquiescência do advogado ou provisionado, o acordo feito pelo seu cliente e a parte contrária não lhe prejudica os honorários, quer os convencionais, quer os concedidos pela sentença.*” (grifo nosso).

O texto legal transcrito, vigente à época, é claro no sentido de que o acordo realizado entre as partes não prejudica os honorários concedidos ao advogado pela sentença.

A verba honorária possui caráter autônomo e integra o patrimônio do advogado, não podendo ser objeto de transação firmada entre as partes, sem a sua aquiescência.

A propósito:

“Honorários de advogado. Condenação. Direito autônomo à execução. Compatibilidade dos artigos 20 do CPC, e 99 da Lei n. 4.215/1963.

O advogado tem direito a executar a sentença, na parte em que impôs condenação em honorários, não lhe sendo oponível o acordo que seu constituinte houver feito com a parte contrária. Isso, entretanto, está a depender de que já não os tenha recebido, diretamente de quem contratou seus serviços. Havendo vínculo empregatício, sobre isso poderão as partes dispor. Atendendo aos termos do contrato é que se há de verificar se a verba em questão pertence à parte ou ao cliente.

Hipótese em que o advogado foi substituído no curso do processo, não tendo, pois, em princípio, direito à percepção da integralidade da condenação.

Impossibilidade de execução. Ressalva das vias ordinárias.” (REsp n. 9.205-ES, Terceira Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 9.12.1991).

“Honorários de advogado. Direito autônomo à execução. Arts. 20 do Código de Processo Civil, e 99 da Lei n. 4.215/1963. Precedentes do STJ: REsps n. 1.144, 1.973, 2.165, 9.205, 15.338 e 16.489. Caso em que o advogado achava-se habilitado a executar a sentença, não lhe prejudicando o acordo feito pelo seu cliente e parte contrária. 2. Embargos de declaração. Multa. Hipótese em que o acórdão não evidenciou o caráter protelatório dos embargos, descabendo, em conseqüência, a imposição da multa. 3. Recurso especial conhecido e provido em parte.” (REsp n. 30.476-RS, Terceira Turma, rel. p/ acórdão Min. Nilson Naves, DJ de 8.11.1993).

Somente o próprio causídico pode acordar acerca de seus honorários, seja mediante contrato prévio com seu cliente, seja participando da transação firmada entre os litigantes.

Notícia o acórdão recorrido que “se convencionou o pagamento de honorários de dez por cento da diferença entre a oferta e a indenização e que o Expropriado renunciou em favor dos seus advogados ao recebimento dos honorários que vier a receber da parte contrária, por efeito da sucumbência, caso esta venha perder a demanda, a título de parte variável dos honorários contratados” (fl. 813).

Consoante se infere do texto transcrito, não obstante a existência de disposição legal afirmando que os honorários pertencem ao advogado, **in casu**, houve ainda prévio contrato entre os Expropriados e seu patrono, avençando que a verba advocatícia a este último pertenceria.

O fato de tal cláusula constar de contrato-padrão não tem o condão de macular sua validade.

Subsistindo a condenação em honorários, a despeito do acordo celebrado entre Expropriante e Expropriados, após o trânsito em julgado da decisão proferida na expropriatória, não carece a presente execução de título judicial.

Ante o exposto, *não conheço* do recurso especial interposto em face do acórdão que julgou os embargos infringentes, *conheço*, porém, do recurso dirigido contra a parte unânime do julgamento da apelação cível e *dou-lhe provimento* para determinar o prosseguimento da execução.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 175.222 – SP

(Registro n. 1998.0038317-4)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrido: Município de Campos do Jordão
Advogados: João Antônio Pereira de Castro e outros

EMENTA: Recurso especial – Ação civil pública – Eficácia **erga omnes** – Controle de constitucionalidade **incidenter tantum** – Possibilidade – Entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal admite a propositura de ação civil pública com base na inconstitucionalidade de lei, ao fundamento de que, nesse caso, não se trata de controle concentrado, mas, sim, controle difuso de constitucionalidade, passível de correção pela Suprema Corte pela interposição do recurso extraordinário.

Na verdade, o que se repele é a tentativa de burlar o sistema de controle constitucional para pleitear, em ação civil pública, mera pretensão de declaração de inconstitucionalidade, como se de controle concentrado se tratasse.

In casu, o pedido formulado pelo *Parquet* diz respeito ao direito individual homogêneo do contribuinte de não recolher tributo, que, segundo seu entendimento, é ilegítimo. A inconstitucionalidade da lei criadora do “complemento de taxa de serviços públicos”, instituído pela Municipalidade de Campos do Jordão, nada mais é do que o fundamento dessa ilegitimidade e sequer faz coisa julgada, nos termos do artigo 469 do Código de Processo Civil.

Admitida a declaração **incidenter tantum** da inconstitucionalidade de lei municipal em ação civil pública, devem os autos retornar à Corte **a quo** para que examine as demais preliminares argüidas, incluído o exame da legitimidade do *Parquet* para a defesa dos contribuintes, e, se for o caso, prossiga no exame do mérito da demanda.

Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 19 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidenta.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com base no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, com o objetivo de reformar acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada Civil daquele Estado, assim ementado:

“Competência recursal. Ação civil pública movida pelo Ministério Público, contra complementação de taxas de serviços públicos. Tributos municipais. Competência desta Corte. Preliminar rejeitada.

Ação civil pública. Ministério Público. Cessaçãõ de cobrança de taxas por inconstitucionalidade do decreto. Município de Campos do Jordão. Impossibilidade de controlar a inconstitucionalidade do decreto municipal pelo meio empregado. Falta de interesse processual. Carência de ação. Recurso provido para julgar extinto o processo.” (fl. 104).

Em embargos de declaração, assim se manifestou a Corte **a quo**:

“Recurso. Embargos de declaração. Omissão descaracterizada. Embargos rejeitados.” (fls. 114/115).

Alega o Recorrente, em suas razões, que o venerando acórdão atacado violou o artigo 1º, inciso IV, da Lei n. 7.347/1985, bem como o artigo 117 da Lei n. 8.078/1990, e o artigo 5º, inciso I, alínea **g**, e inciso II, alínea **a**, da Lei Complementar n. 75/1993. Para comprovar o dissídio jurisprudencial, colaciona julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que, segundo afirma, é reconhecida “a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade em ação civil pública, conferindo, assim, legitimidade e interesse do Ministério Público em ajuizamento, para a defesa dos direitos dos contribuintes de Campos do Jordão, no tocante à ilegalidade da complementação da taxa de serviços públicos” (fl. 129).

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 104/108).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Cuidam os autos da investigação sobre o cabimento de ação civil pública proposta com fundamento na inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

A respeito de tal matéria, muito já se discutiu na doutrina e jurisprudência pátrias, uma vez que, diante da característica peculiar da ação civil pública, cujo julgamento possui eficácia **erga omnes**, estar-se-ia usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal, já que, por vias transversas, consistiria a referida ação verdadeiro instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, o qual, por sua vez, é da competência exclusiva daquela Corte.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, já esclareceu a controvérsia, no sentido de admitir a propositura de ação civil pública com base na inconstitucionalidade de lei, ao fundamento de que, nesse caso, não se trata de controle concentrado, mas, sim, controle difuso de constitucionalidade, passível de correção pela Suprema Corte pela interposição do recurso extraordinário.

Na verdade, o que se repele é a tentativa de burlar o sistema de controle constitucional para pleitear, em ação civil pública, mera pretensão de declaração de inconstitucionalidade, como se de controle concentrado se tratasse.

In casu, contudo, o pedido formulado pelo *Parquet* diz respeito ao direito individual homogêneo do contribuinte de não recolher tributo, que, segundo seu entendimento, é ilegítimo. A inconstitucionalidade da lei criadora do “complemento de taxa de serviços públicos”, instituído pela Municipalidade de Campos do Jordão, nada mais é do que o fundamento dessa ilegitimidade e sequer faz coisa julgada, nos termos do artigo 469 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, permita-se transcrever a manifestação do ilustre Ministro Celso de Mello, nos autos da Reclamação n. 1.733-SP, DJU de 1.12.2000, **verbis**:

“É inquestionável que a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, além de traduzir situação configuradora de abuso do poder de demandar, também caracterizará hipótese de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento – que encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (**Arnaldo Wald**, Usos e Abusos da Ação Civil Pública – Análise de sua Patologia, *in* Revista Forense, vol. 329/3-16; **Arruda Alvim**, Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/1985 – Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação, pp. 152/162, vários autores, 1995, RT; **Hugo Nigro Mazzilli**, A Defesa dos Interesses Difusos

em Juízo, pp. 115/116, item n. 7, 12^a ed., 2000, Saraiva; **Alexandre de Moraes**, Direito Constitucional, pp. 565/567, item n. 9.1.4, 7^a ed., 2000, Atlas; **Gilmar Ferreira Mendes**, Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, pp. 396/403, item 6.4.2, 2^a ed., 1999, Celso Bastos Editor; **José dos Santos Carvalho Filho**, Ação Civil Pública, pp. 74/77, item n. 8, 2^a ed., 1999, Lumen Juris, v.g.) – reflète-se, por igual, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, no entanto, somente exclui a possibilidade do exercício da ação civil pública, quando, nela, o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo (RDA 206/267, rel. Min. Carlos Velloso, Ag n. 189.601-GO (AgRg), rel. Min. Moreira Alves). Se, contudo, o ajuizamento da ação civil pública visar, não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar-se-á lícito promover, **incidenter tantum**, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público. Incensurável, sob tal perspectiva, a lição de **Hugo Nigro Mazzilli** (O Inquérito Civil, p. 134, item n. 7, 2^a ed., 2000, Saraiva):

‘Entretanto, nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei n. 7.347/1985, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas, sim, seu controle difuso ou incidental. (...) Assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas.’

É por essa razão que o magistério jurisprudencial dos tribunais – inclusive o do Supremo Tribunal Federal (Rcl n. 554-MG, rel. Min. Maurício Corrêa; Rcl n. 611-PE, rel. Min. Sydney Sanches, v.g.) – tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifica-se como simples questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal (...).”

Não se pode, contudo, acolher integralmente a pretensão do Recorrente, pois que, consoante se depreende da leitura do acórdão atacado, o egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região interrompeu o exame das demais teses apresentadas pelo Ministério Público ao acolher a preliminar de inadequação da via eleita.

Dessa forma, admitida a declaração **incidenter tantum** da inconstitucionalidade de lei municipal em ação civil pública, devem os autos retornar à Corte **a quo** para que examine as demais preliminares argüidas, incluindo o exame da legitimidade do *Parquet* para a defesa dos contribuintes, e, se for o caso, prossiga no exame do mérito da demanda.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 175.549 – SP

(Registro n. 1998.0038777-3)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: Município de São Paulo
Advogados: Walter Ângelo Di Pietro e outros
Recorridos: José Pinheiro de Freitas e outros
Advogada: Regina Célia de Oliveira Santos

EMENTA: Processo Civil – Acórdão que não padece do vício da omissão – Assistência judiciária gratuita – Impugnação processada em autos apartados – Cabível o recurso de apelação – Recurso especial conhecido e provido.

Não é nulo o acórdão que apresenta os fundamentos suficientes para o julgamento do pedido. Ausente a ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil.

Disciplinada na Lei n. 1.060/1950, a impugnação ao deferimento de pedido de assistência judiciária gratuita deve ser processada em autos apartados. Assim se procedendo, a decisão que a aprecia desafia recurso de apelação. Precedentes.

Recurso conhecido e provido para que seja apreciado o apelo interposto junto ao Tribunal a quo. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com as ressalvas das Sras. Ministras Nancy Andrichi e Eliana Calmon, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Paulo Gallotti. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 9 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 11.12.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Décima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento a agravo, em questão atinente à impugnação ao deferimento de assistência judiciária gratuita.

Contra decisão que deferiu o benefício, o Município de São Paulo, nos autos da ação principal, ofereceu impugnação, a qual, rejeitada, redundou em recurso de apelação.

O MM. Juiz deixou de receber o recurso, considerando cabível, na hipótese, o agravo de instrumento (fl. 36).

Irresignada, agravou a Municipalidade, tendo o Tribunal a quo improvido o recurso, por entender, em suma, pela derrogação do art. 17 da Lei n. 1.060/1950, com a redação dada pela Lei n. 7.510/1986. Cabível, portanto, para o **decisum** que apreciou a impugnação, o recurso de agravo de instrumento, e não o de apelação.

Foram ainda interpostos embargos de declaração, que, rejeitados, ensejaram o presente. Alega-se, preliminarmente, violação ao art. 535, II, do

Código de Processo Civil, e, no mérito, infringência aos arts. 4^o, § 2^o, e 17, todos da Lei n. 1.060/1950, além de dissídio jurisprudencial.

Inadmitido na origem, subiu o recurso especial à apreciação desta Corte, por força de agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Trata-se de recurso especial no qual se pretende ver reconhecido como cabível o recurso de apelação no julgamento de impugnação ao direito de assistência judiciária gratuita.

De início, é de se afastar a preliminar relativa à omissão do acórdão atacado. Não houve a violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil argüida pelo Recorrente, porquanto o Tribunal-recorrido apreciou toda a matéria recursal devolvida, como se verifica da leitura do v. acórdão de fls. 57/58 e mesmo daquele que apreciou os embargos de declaração opostos e rejeitados.

Com efeito, “Não ocorre omissão quando o acórdão deixa de responder exaustivamente a todos os argumentos invocados pela parte, certo que a falha deve ser aferida em função do pedido, e não das razões invocadas pelo litigante. Não há confundir ponto do litígio com argumento trazido à colação pela parte, principalmente quando, para a solução da lide, bastou o exame de aspectos fáticos, dispensando o exame da tese, por mais sedutora que possa parecer. Se o acórdão contém suficiente fundamento para justificar a conclusão adotada, na análise do ponto do litígio, então objeto da pretensão recursal, não cabe falar em omissão, posto que a decisão está completa, ainda que diversos os motivos acolhidos, seja em 1^a, seja em 2^a instância. Os embargos declaratórios devem referir-se a ponto omissivo ou obscuro da decisão e não a fatos e argumentos mencionados pelas partes”. (Embargos n. 229.270, de 24.5.1977, 1^o TACSP, rel. Juiz Márcio Bonilha, **in** Dos Embargos de Declaração, **Sônia Márcia Hase de Almeida Baptista**, Ed. Revista dos Tribunais, 2^a ed.).

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**.

Ainda acerca da alegada violação ao art. 535 do CPC, não há mesmo como prosperar a pretensão do Recorrente, porquanto interpostos embargos declaratórios, foram rejeitados entendendo a instância ordinária inócua, na hipótese, qualquer dos pressupostos previstos no artigo supracitado.

No caso em tela, a decisão proferida no julgamento dos embargos não malferiu o disposto no artigo 535, II, da lei processual civil. Ao contrário, pronunciando-se o colegiado de origem sobre as questões a ele submetidas, não há cogitar de omissão.

Quanto à questão de fundo, sustenta a Recorrente que o diploma disciplinador do benefício da assistência judiciária gratuita – Lei n. 1.060/1950 – restou ferido em seus arts. 4º, § 2º, e 17, pois que o instrumento adequado seria a apelação, e não o agravo de instrumento, compreensão diversa daquela exarada em 1ª instância e confirmada no acórdão recorrido.

A referida lei determina a formação de autos apartados para a impugnação ao benefício. A decisão, proferida incidentalmente, mas em autos apartados, desafia o recurso de apelação, dotado apenas de efeito devolutivo em se tratando de sentença concessiva do pedido.

No caso em apreço, o MM. Juiz de 1º grau determinou o processamento da impugnação à gratuidade processual em separado, conforme requerido pelo Recorrente (fls. 22/23), e consoante a precisa dicção do art. 4º, § 2º, da lei reguladora da assistência judiciária gratuita.

A matéria já foi debatida nesta Corte. Tem-se admitido a interposição de agravo de instrumento para aqueles casos em que a impugnação dá-se nos próprios autos, e nestes é decidida. Atendendo-se à autuação em apartado, no entanto, o recurso de apelação é adequado a desafiar a sentença que apreciou a impugnação ao benefício. A corroborar o entendimento aqui exposto, trago à colação os seguintes precedentes, **in verbis**:

“Processual. Assistência judiciária. Lei n. 1.060/1950. Art. 17. Decisão que aprecia pedido de assistência judiciária. Recurso oportuno.

O art. 17 da Lei n. 1.060/1950 está em vigor. Cabe apelação para enfrentar decisão relacionada com pedido de assistência judiciária. O agravo de instrumento apenas é oportuno, quando a decisão decide de plano, nos autos do processo principal, o pedido de assistência (Lei n. 1.060/1950, art. 5º).” (REsp n. 28.769-RJ, DJ de 7.12.1992, p. 23.299. RISTJ, vol. 40, p. 563, rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

“Recurso ordinário em mandado de segurança. Justiça gratuita.

Em incidente de assistência judiciária com indeferimento, cabe apelação e, quando nos próprios autos, agravo de instrumento. Precedentes.

Recurso ordinário a que se nega provimento.” (RMS n. 6.780-SP, DJ de 17.6.1996, p. 21.448, rel. Min. José de Jesus Filho).

“REsp. Processual Civil. Gratuidade de justiça. Indeferimento. Recurso cabível.

Embora esta Corte venha se manifestando no sentido de ser adequado o recurso de apelação nos casos de gratuidade de justiça, há que se ressaltar as hipóteses das decisões sobre o tema nos autos da própria ação.

As decisões, nestes casos, são de natureza interlocutória, cabível, portanto, agravo de instrumento.” (REsp n. 174.298-RJ, DJ de 9.11.1998, p. 189, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

“Processual Civil. Assistência judiciária. Impugnação em autos apartados. Recurso cabível.

Se a impugnação ao deferimento da assistência judiciária for processada em autos apartados, da decisão que a rejeitar caberá apelação. Precedentes.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 134.631-RJ, DJ de 25.10.1999, p. 86, rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

“Assistência judiciária. Revogação do benefício.

Quando a decisão que revoga o benefício da gratuidade da justiça é proferida em autos apartados, o recurso cabível é a apelação.” (REsp n. 142.946-SP, DJ de 5.4.1999, p. 125, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

Pelo que precede, conheço do recurso e dou-lhe provimento para determinar a apreciação do apelo interposto junto ao Tribunal **a quo**.

É o voto.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, com ressalva do meu ponto de vista.

RECURSO ESPECIAL N. 184.143 – SP

(Registro n. 1998.0056666-0)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrentes: Antônio Ruotolo Sobrinho e outros
Advogados: Dulcinéia Maria Machado e outros
Recorrida: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Maria Inês Salzani Machado Pagianotto e outros
Recorrida: União

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial – Inépcia da inicial – Inocorrência – Extinção do processo – Inaplicabilidade.

1. Não pode ser considerada inepta a inicial que especifica a causa de pedir, ainda que genérica, e contém pedido certo e determinado.

2. O art. 267 do CPC, em seu § 3º, delimita as hipóteses em que a extinção do processo, sem julgamento do mérito, pode ser decretada de ofício e a qualquer tempo ou grau de jurisdição, nelas não se incluindo a inépcia da inicial.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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, Laurita Vaz e Paulo Medina.

Brasília-DF, 12 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

Publicado no DJ de 16.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Antônio Ruotolo Sobrinho e outros acionaram a Caixa Econômica Federal e a União postulando diferenças de correção monetária dos depósitos do FGTS, cujos índices de

atualização vêm sendo manipulados desde 1967 até 1992, conforme quadro demonstrativo constante da inicial.

A sentença acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela União, excluindo-a do feito, e rejeitou as levantadas pela CEF, condenando-a, no mérito, a pagar as diferenças de correção relativas aos expurgos inflacionários de janeiro/1989 e abril/1990, considerando os índices do IPC nos percentuais respectivos de 70,28% e 44,80%, decisão da qual apenas a CEF apelou.

O TRF da 3ª Região, de ofício, julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, a teor do art. 267, IV, c.c. o art. 286 do CPC, por considerar inepta a inicial, e julgou prejudicado o apelo da CEF, pelos motivos constantes do acórdão de fls. 287/293, assim resumidos na ementa:

“Processual Civil. FGTS. Causa de pedir insuficientemente declinada. Pedido genérico de correção monetária das contas vinculadas. Inépcia da inicial. Extinção do processo sem apreciação do mérito. Sentença reformada de ofício.

1. A não-indicação na exordial dos fundamentos específicos em que os Autores repousam a postulação de correção monetária das contas vinculadas ao FGTS, bem como a ausência de precisão dos índices que pretendem sejam aplicados e dos respectivos períodos de incidência, levam à caracterização de inépcia da petição inicial, face à deficiência da causa de pedir e ausência de pedido certo, sendo assim, correta é a extinção do processo, sem julgamento do mérito.

2. Processo a que se julga extinto, de ofício, sem apreciação do mérito. Inteligência do artigo 267, IV, combinado com o artigo 286, ambos do Código de Processo Civil, restando prejudicada a análise do recurso interposto pela CEF.”

Inconformados, os Autores manifestaram recurso especial pelos fundamentos das letras **a** e **c** do art. 105, III, da CF, alegando contrariedade a dispositivos de lei federal (arts. 165, 282, 267, IV; 286, II e III, e 458, I, do CPC), bem como divergência com as decisões indicadas como paradigmas, pleiteando o provimento do recurso para que o mérito seja julgado pelo Tribunal **a quo**.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator):

“Processual Civil. Recurso especial. Inépcia da inicial. Inocorrência. Extinção do processo. Inaplicabilidade.

1. Não pode ser considerada inepta a inicial que especifica a causa de pedir, ainda que genérica, e contém pedido certo e determinado.

2. O art. 267 do CPC, em seu § 3º, delimita as hipóteses em que a extinção do processo, sem julgamento do mérito, pode ser decretada de ofício e a qualquer tempo ou grau de jurisdição, nelas não se incluindo a inépcia da inicial.

3. Recurso especial conhecido e provido.”

O acórdão regional afirma não assistir “razão aos *Apelantes*, pois, efetivamente, o pedido não é certo ou determinado, face à ausência de requerimento no tocante à incidência de índices específicos e aos períodos respectivos, além de que, quanto ao pedido de revisão geral, não há menção clara dos pontos em que se funda a pretensão, a resultar também ausente a causa de pedir” (grifei). Por essas razões, considerando inepta a inicial, extinguiu de ofício o processo, nos termos do art. 267, IV, c.c. o art. 286 do CPC, julgando prejudicada a apelação da CEF.

Os Recorrentes alegam que o acórdão, para concluir dessa forma, transcreveu incorretamente o pedido, deixando de consigná-lo na íntegra, tendo violado os dispositivos legais que menciona (267, IV, e 286), além de outros, e, ainda, divergindo dos paradigmas colacionados.

Anoto, de pronto, o equívoco do acórdão em afirmar que *os Apelantes* não têm razão, porque estes não recorreram da sentença. Quem o fez, apenas, foi a CEF, ré na ação.

De outro lado, o acórdão não reproduziu o pedido inicial em sua plenitude que, na verdade, está assim deduzido:

“Diante do exposto, é incontestável que os Autores têm direito à diferença a ser calculada entre a inflação real de cada período declarada pelo próprio Governo e o índice manipulado adotado, a exemplo do quadro demonstrativo referido no item XVI.

Assim sendo, requerem os Autores a regular citação dos Requeridos nas pessoas de seus representantes legais, para, querendo, no prazo

legal, contestarem a ação, sob pena de lhes serem impostos os efeitos da revelia, ficando, desde logo, citados para todos os atos do processo, até final decisão, quando esperam seja a ação julgada procedente, condenando os Requeridos ao pagamento das diferenças pleiteadas em suas contas vinculadas, devidamente corrigidas, expedindo-se os extratos em favor dos beneficiados para que cada um tenha seu devido controle. Já em relação aos Autores que, porventura tenham deixado os respectivos empregos e sacado seus depósitos do FGTS, que sejam pagas as diferenças encontradas, decorrentes da aplicação dos índices encontrados na inflação real, conforme exposto neste pedido, tudo a ser apurado em regular liquidação de sentença, através de competente perícia contábil a ser realizada nas contas do FGTS, sendo condenados, também, às custas processuais e honorários advocatícios de 20%, calculados sobre o valor da liquidação.”

Não vislumbro defeitos na inicial capazes de levar ao reconhecimento da sua inépcia. Com efeito, a causa de pedir está devidamente explicitada, ainda que de forma genérica: as manipulações dos índices de correção dos depósitos fundiários, desde 1967, mediante a aplicação de percentuais que não espelham a real inflação ocorrida nos respectivos períodos exemplificada em tabela constante da inicial. O pedido é certo e determinado, eis que consiste no pagamento das diferenças devidas, a serem apuradas em regular execução de sentença, através de perícia contábil.

“Em termos gerais, é possível distinguir, no pedido, um objeto imediato e um objeto mediato. O objeto imediato do pedido é a providência jurisdicional solicitada (ex.: a condenação do réu ao pagamento de x); objeto mediato é o bem que o autor pretende conseguir por meio dessa providência (ex.: a importância x); o objeto imediato (de um pedido) é sempre único e determinado; não assim o mediato (infra, n. III, 1)).

Normalmente, segundo o art. 286, 1ª parte, ‘o pedido deve ser certo ou determinado’. A conjunção ‘ou’ vale aí por ‘e’: o pedido deve ser certo e determinado. É necessário precisar tanto o objeto imediato (a providência jurisdicional desejada) como o objeto mediato (o bem que se pretende conseguir) do pedido. Por exceção, admite a lei, em três hipóteses (art. 286, 2ª parte, incisos I a III), a indeterminação do objeto mediato (não do imediato!), ou seja, a formulação de pedido genérico; assim:

I – (...)

II – quando impossível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato ilícito e, portanto, a extensão da responsabilidade dele decorrente.

III – (...).’

Nesses casos, e somente neles (art. 459, parágrafo único), se não for possível determinar o objeto mediato no curso do próprio processo de conhecimento, o juiz proferirá sentença ilíquida, cuja liquidação se realizará como procedimento preliminar à eventual execução (arts. 586, § 1º, e 603), ressalvado, quanto à ação de prestação de contas, o disposto no art. 915, §§ 2º e 3º.” (J. C. Barbosa Moreira, O Novo Processo Civil Brasileiro, Forense, 19ª ed., pp. 10/11).

É de ver-se que a sentença julgou a ação parcialmente procedente, condenando a Ré, apenas, ao pagamento das diferenças relativas aos expurgos inflacionários de janeiro/1989 e abril/1990 (70,28% e 44,80%), tendo antes rejeitado as preliminares suscitadas pela CEF, sem referir-se à da inépcia da inicial. Os Autores conformaram-se com tal decisão, tanto que dela não recorreram. Apenas a Ré apelou, sem reiterar a preliminar de inépcia. Sendo também de observar-se que os Autores, nas contra-razões à apelação da CEF, requereram, **verbis**: “... a manutenção da r. sentença para garantir os expurgos inflacionários dos planos econômicos dos anos de 1989 e 1990, por ser de direito ...”, reafirmando seu conformismo com a decisão de 1º grau.

Entendo que a questão foi devolvida ao Tribunal a quo através do recurso da Ré que não se reportou à inépcia da inicial. Sendo assim, esta não poderia ser decretada de ofício e extinguir-se o processo com base no art. 267, IV, do CPC, pois o § 3º deste dispositivo não permite esse procedimento na hipótese de inicial indeferida por inépcia capitulada no inciso I:

“§ 3º. O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida sentença de mérito, da matéria constante dos n. IV, V e VI; todavia, o réu que não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas do retardamento.”

Demais disso, se, a despeito da preclusão da matéria referente à inépcia, o Tribunal admitiu estar a inicial maculada por tal defeito, não poderia

decretá-la de ofício, sem determinar sua ementa, nos termos do art. 284 e parágrafo único, do CPC.

Isto posto, conheço do recurso pelo fundamento da letra **a** (violação aos arts. 267 e 286 do CPC) e lhe dou provimento para, reformando o acórdão, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que o mérito da ação seja julgado como entender de direito.

RECURSO ESPECIAL N. 212.554 – RN

(Registro n. 1999.0039313-9)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Adonias dos Santos Costa e outros
Recorrida: Maria Georgete Vieira Sales
Advogado: Luzinaldo Alves de Oliveira

EMENTA: Tributário – Execução fiscal proposta após a realização da partilha – Embargos à execução – Responsabilidade pela dívida fiscal – Sucessores **causa mortis** – A viúva-meeira responde pela metade do débito fiscal até o limite de sua meação – Recurso não conhecido.

1. A execução fiscal foi proposta após a realização da partilha.

2. A dívida deve ser cobrada da viúva-meeira, como responsável legal e não como sucessora, na proporção de sua meação. Os herdeiros restantes deverão responder pelo valor correspondente ao quinhão recebido. Aplicação da regra insculpida no art. 131, II, do Código Tributário Nacional.

3. Recurso especial não conhecido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, retificando-se o resultado do julgamento da sessão de 2.8.2001, acordam os Srs. 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 Laurita Vaz, Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 9 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidenta.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, em remessa **ex officio** em embargos à execução fiscal, confirmou a r. decisão de 1ª instância.

No caso em tela, houve uma execução fiscal posterior à partilha dos bens deixados pelo **de cujus**, onde o crédito tributário foi cobrado apenas da viúva-meeira, e esta, irresignada, opôs embargos à execução, com o fito de desobrigar-se da responsabilidade exclusiva pela totalidade do débito cobrado pela Fazenda.

A r. sentença dos embargos à execução fiscal julgou parcialmente procedente a demanda, e declarou a responsabilidade da Embargante pelo pagamento da metade do valor atualizado do débito executado (fls. 47/48).

Em reexame necessário, o Tribunal **a quo** manteve a r. sentença, restando o referido julgado assim ementado, **verbis**:

“Processual Civil. Execução fiscal. Embargos. Responsabilidade pela dívida fiscal. Sucessores **causa mortis**. Limitada a cobrança do débito na metade para a meeira e para os herdeiros ao montante do quinhão que lhes couber.

1. A obrigação dos sucessores **causa mortis** atinge o herdeiro, o legatário e o meeiro, até o limite da transferência.

2. A responsabilidade da meeira deve ser feita na metade do débito e não na sua totalidade, e para os demais herdeiros, caso haja, limitar-se-á ao montante do quinhão que lhes couber.

3. Remessa oficial improvida.” (fl. 59).

Em seu recurso especial, a Fazenda Nacional argumenta que, com base no art. 131, II, do Código Tributário Nacional, há uma solidariedade entre o cônjuge-meeiro e os demais sucessores, e, deste modo, aplica-se o disposto nos artigos 124 e 125 do Código Tributário Nacional, pelo que a dívida pode ser exigida de qualquer um deles, limitada a responsabilidade ao quinhão ou meação que cada um recebeu (fl. 66).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Não merece guarida a pretensão recursal.

A Fazenda Nacional, ao interpor recurso especial, o faz com base no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, alegando violação ao artigo 131, inciso II, do Código Tributário Nacional, e argumenta que, **verbis**:

“A r. sentença de 1^a grau e o v. aresto que a confirmou estabeleceram o limite da responsabilidade da Recorrida até a metade da dívida em questão, contrariando, desta forma, o entendimento de que o limite real é o valor da meação.

Omissis.

Assim é que, ao limitar a responsabilidade da meeira à metade do débito, e não ao valor da meação, o v. aresto vergastado infligiu maus-tratos ao art. 131, inciso II, do Código Tributário Nacional, impondo-se, **concessa venia**, a sua reforma.” (fl. 166).

Sobre o tema da responsabilidade tributária sucessória, cabe aqui transcrever, por oportuno, o magistério do ilustre **Hugo de Brito Machado**, **verbis**:

“A responsabilidade é pelos tributos devidos até a data da partilha ou da adjudicação. Daí por diante, como proprietário dos bens, o sucessor assume a condição de contribuinte.

Cônjuge-meeiro é o que sobrevive ao seu consorte. Não é herdeiro necessário, e na existência destes, não herda. De qualquer modo, meação não é herança. Não há sucessão, relativamente ao meeiro. Daí porque o CTN se refere ao sucessor e ao meeiro, pois este não é sucessor.

A responsabilidade de um e de outro é limitada. Não vai além do valor do quinhão, para o herdeiro; do legado, para o legatário, e da meação, para o meeiro.” (Curso de Direito Tributário, 19ª ed., p. 127).

Permita-se, ainda, a transcrição do artigo apontado como violado:

Art. 131, II, do CTN:

“São pessoalmente responsáveis:

I – **Omissis.**

II – O sucessor a qualquer título e o cônjuge-meeiro, pelos tributos devidos pelo **de cujus** até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão, do legado ou da meação.

III – **Omissis.**”

A meeira, assim, é responsável pessoalmente pela dívida do **de cujus** por determinação legal. Se assim não fosse, não seria ela responsável por qualquer parte da dívida, pois que não é sucessora do **de cujus**.

Dispõe, por outro lado, o citado dispositivo legal, que tal responsabilidade é limitada ao montante do quinhão, do legado ou da meação.

Dessa forma, se à viúva cabe metade da herança, responde por metade da dívida. Ressalte-se, porém, que a metade do débito, por óbvio, é limitada ao valor da meação.

Convém mencionar, outrossim, que a presente execução fiscal foi proposta após a realização da partilha, quando o quinhão de cada um já havia sido fixado e separado do monte partível, motivo pelo qual com mais razão a responsabilidade pelo valor da dívida deve ficar adstrita proporcionalmente ao quinhão recebido.

In casu, o entendimento esposado pelo Tribunal a **quo** se harmoniza com a inteligência do art. 131, II, do Código Tributário Nacional, que é claro em especificar o limite da responsabilidade pessoal nos casos de sucessão, na hipótese em que a pessoa venha a falecer na condição de sujeito passivo da obrigação tributária.

Prevalece, portanto, a interpretação do v. acórdão recorrido acerca do que estatui o dispositivo legal em análise, ou seja, que não se deve tomar como parâmetro o valor integral da dívida para estabelecer o limite da responsabilidade sobre o débito, mas, sim, o valor do quinhão, legado ou

meação, de forma proporcional ao valor da dívida, que, na hipótese, consiste na meação recebida.

Pelas razões acima expendidas, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 251.388 – RJ

(Registro n. 2000.0024709-0)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrente: Sindicato dos Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde do Município do Rio de Janeiro
Advogados: Marcelo Pimentel e outros
Recorrido: Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde no Estado do Rio de Janeiro
Advogados: Cláudia de Carvalho Corrêa e outros
Sustentação oral: Marcelo Pimentel (pelo recorrente) e Voltaire Marensi (pelo recorrido)

EMENTA: Constitucional – Sindicato – Desmembramento – Base territorial – CF, art. 8º, I e II – Precedentes.

– A Constituição Federal assegura a liberdade de associação profissional e sindical, desde que respeitada a base territorial.

– O princípio da unicidade sindical tem a finalidade de impedir que mais de um sindicato represente o mesmo grupo profissional; o desmembramento de profissionais de categorias associadas para formação de novo sindicato que melhor as represente e melhor atenda a seus interesses específicos, é consequência da liberdade sindical, eliminando a interferência do Estado sobre a conveniência ou oportunidade do desmembramento.

– Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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, Laurita Vaz (voto-vista) e Paulo Medina.

Brasília-DF, 19 de setembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

Publicado no DJ de 25.11.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado por Sindicato dos Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde do Município do Rio de Janeiro, com fundamento na letra a do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Estadual que, por unanimidade, deu provimento à apelação interposta nos autos da ação ordinária de anulação de registro, precedida de cautelar, com pedido de liminar, ajuizada pelo Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde no Estado do Rio de Janeiro – Sindherj, objetivando, com fundamento no princípio constitucional da unicidade, a anulação de registro de sindicato criado posteriormente, com base territorial mais restrita.

O v. acórdão declarou que o Sindherj possui prioridade de representação da respectiva categoria econômica. Outrossim, concedeu a antecipação da tutela e determinou a anulação dos atos cartoriais e a invalidade dos atos já praticados pelo Sindhrio.

Daí o recurso especial em que o ora recorrente alega ter o v. aresto violado os artigos 570 e 571 da Consolidação das Leis do Trabalho, quando anulou o registro de sindicato com base municipal.

Recurso extraordinário interposto simultaneamente.

Contra-razões às fls. 778/804.

Ambos os recursos foram admitidos no Tribunal **a quo**, subindo os autos a esta egrégia Corte, onde vieram a mim conclusos.

Dispensei o pronunciamento do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Trata-se, originariamente, de ação ordinária de anulação de registro de sindicato, com pedido de tutela antecipada, proposta pelo Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Estado do Rio de Janeiro contra o Sindicato dos Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde do Município do Rio de Janeiro, com fundamento no princípio constitucional da unicidade, julgada improcedente no Juízo singular.

Apreciando recurso de apelação do Sindicato-autor, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça Estadual, por unanimidade, deu provimento ao recurso para julgar procedente a ação, reformando a sentença denegatória do pedido.

Irresignado, o Sindicato dos Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde do Município recorre especialmente, sustentando ter o acórdão recorrido violado os arts. 570 e 571 da CLT, ao aplicá-los ao caso em exame, por isso que a hipótese dos autos trata de desmembramento de base territorial e não de desmembramento de categoria econômica.

Membros do Sindherj de âmbito estadual, com base no sistema de liberdade de fixação de base territorial estabelecido pela CF/1988, no seu art. 8º, II, reunidos em assembléia geral aprovaram a criação do sindicato municipal, sem desmembramento da categoria econômica e, sim, da base territorial. Sustenta o Recorrente que a CF/1988 defere à categoria sediada em Município compreendido na representação de sindicato de base estadual, constituir novo sindicato, de base municipal, que possa melhor servir à representação. Pretende, pois, o desmembramento de base territorial e não o desdobramento de categoria, que se viabiliza nos termos dos arts. 570 e 571 da CLT, em decorrência de movimento de cissiparidade, “de dentro para fora” do sindicato originário.

Vale transcrito trecho do voto-condutor do acórdão hostilizado, após tecer comentários ao princípio da unicidade, insculpido no inc. II do art. 8º da Constituição Federal (fl. 675):

“

6. Diante de tais ponderações, têm os julgados, nesta egrégia Corte, se inclinado no sentido de que, para harmonizarem-se os princípios, *além do respeito à base territorial, na qual só pode existir um*

sindicato, também não se pode criar outro a pretexto de congregar estabelecimentos integrantes do antecedente, sem prévia deliberação no seio deste. (grifei).

É o princípio da cissiparidade, decorrente dos arts. 570 e 571 da CLT, recepcionados, nesta parte, sob a nova ordem constitucional, mediante o qual, segundo entendimento esposado pelo Ministro Marcelo Pimentel, citado no aresto da Segunda Câmara desta colenda Corte, em que contenderam, o autor, com êxito, e o Sindicato dos Laboratórios de Análises Clínicas do Estado do Rio de Janeiro (fls. 138/143), ‘só pode nascer – aquele movimento – no seio do sindicato através de atos normais, tais como a convocação de assembléia específica, com agenda própria e definida, **quorum** e representatividade que demonstrem a vontade soberana do grupo que se deseja desagregar, descartando, assim, a prevalência de interesses pessoais e isolados’ (fl. 142).”

Reporta-se a julgado do mesmo Tribunal, do qual transcreve a ementa para infirmar o fundamento central no sentido de proibir a criação de novo sindicato para representação de profissionais de uma mesma categoria, em uma mesma base territorial.

E acrescenta (fl. 678):

“Eis porque não se pode cogitar de liberdade na organização sindical sem regime de sua unicidade, que não se compadece com a constituição de mais de um na mesma base territorial, ainda que sob o calor de abrigar categoria específica, incluída na anterior, ou apenas as locais, também integradas no mais amplo. Seria a distorção dos fundamentos que o inspiram.

O próprio jurista **Celso Bastos** reconhece em seus Comentários citados (**ibidem**, p. 516): ‘Ainda quanto à unicidade, convém examinar o conteúdo que a Constituição lhe confere. Diz a Lei Maior que só pode haver um sindicato representante de uma categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial. Essa exclusividade estende-se a qualquer grau ou nível. O mesmo não se dá, contudo, se a entidade não tiver por objeto a representação de uma categoria econômica, mas o de abranger um aspecto ocupacional mais amplo, como ocorre com as centrais sindicais hoje existentes (a CGT, a CUT e a USI)’.”

Ao final, conclui o v. aresto (fl. 680):

“O Sindicato-autor obteve carta-registro, à época em que esta era requisito para sua constituição, em janeiro de 1941 (fl. 31), e o Sindicato-réu só veio a ser criado em 27.11.1996 (fls. 127/128). Ainda que não surta o registro mais eficácia constitutiva, é critério para definir a prioridade na representação: **prior in tempore, fortior in iure.**”

Interpretando o art. 8º, II, da CF/1988, Marco Aurélio, no MS n. 21.305-DF, proclamou:

“Frise-se, por oportuno, que o preceito do inciso II do art. 8º da Constituição Federal atribuíu a trabalhadores e empregadores a definição, não da categoria profissional ou econômica, que é inerente à atividade, mas de base territorial do sindicato, o que pressupõe o respeito à intangibilidade daquela – da categoria – mormente quando fixada por estatuto normativo especial.” (in RTJ 137/1.131).

No caso dos autos, é indiscutível a diversidade das bases territoriais de atuação dos sindicatos. O Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde no Estado do Rio de Janeiro – Sindherj tem a base no Estado do Rio de Janeiro. O recorrente, Sindicato dos Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde do Município do Rio de Janeiro – Sindhrio, atuará no Município.

Merece acolhida a pretensão do Sindicato-recorrente, Sindhrio, em face do entendimento desta egrégia Corte sobre o tema, como exsurge da ementa que resumiu a decisão proferida pela egrégia Primeira Seção, ao julgar o MS n. 365-DF, nos seguintes termos:

“Mandado de segurança. Sindicato. Autonomia-dissociação. A Constituição de 1988 consagrou a autonomia sindical. Eliminada a interferência do Estado. Adotou ainda a pluralidade sindical, respeitada a base territorial. Aos interessados é lícito, segundo seu interesse, promover a sua representação. As categorias concentradas, a qualquer momento, podem se dissociar, para formação de novos sindicatos.” (julgado em 29.5.1990, DJ de 25.6.1990).

Este posicionamento permanece inalterado, em ambas as Turmas de Direito Público que integram a egrégia Primeira Seção, a ver:

“Sindicato. Criação. Desmembramento. Desnecessidade de autORIZAÇÃO legal. Base territorial. Definição.

Não pode o Poder Público estabelecer condições ou restrições para se criar uma associação sindical.

A base territorial de um sindicato não é mais estabelecida e delimitada pela lei, pelo Estado ou pelas associações sindicais, e, sim, pelos próprios interessados.

Sindicato dos estabelecimentos de ensino não é a mesma coisa que sindicato de ensino médio, ensino técnico, ensino infantil ou de escola de ensino fundamental. São entidades diversas que podem ter bases territoriais diversas.

Segurança denegada.” (MS n. 6.533-DF, DJ de 4.6.2001, rel. Min. Garcia Vieira).

“Princípio da unicidade sindical. Desmembramento e desfiliação. Constituição Federal, art. 8º, I e II.

1. A liberdade de associação profissional e sindical está erigida como significativa realidade constitucional, favorecendo o fortalecimento das categorias profissionais (art. 8º, CF).

2. O princípio da unicidade não significa exigir apenas um sindicato representativo de categoria profissional, com base territorial delimitada. Tem a finalidade de impedir que mais de um sindicato represente o mesmo grupo profissional. O desmembramento e desfiliação de profissionais de conglomerados associados, mesmo conflitante com o desejo de reforçar as atividades, organizando específico sindicato com categorias profissionais ou econômicas bem definidas é consequência da liberdade sindical. Ao Estado está vedado intervir sobre a conveniência ou oportunidade do desmembramento ou desfiliação.

3. Recurso provido.” (REsp n. 153.631-SP, DJ de 11.6.2001, rel. Min. Milton Luiz Pereira).

De minha relatoria, o REsp n. 191.079-SE, DJ de 18.9.2000:

- “1.
 2.
 3.

4. No mérito, a egrégia Primeira Seção do STJ firmou o entendimento de que a Constituição de 1988 consagrou a autonomia sindical,

eliminando a interferência do Estado, adotando ainda a pluralidade sindical, desde que respeitada a base territorial, o que, no caso em espécie, foi observado. Ademais, as categorias concentradas podem dissociar-se, a qualquer momento, para formação de novo sindicato, que melhor as represente e melhor atenda a seus interesses específicos.

5. Recurso especial conhecido, porém, improvido.”

Do exposto, conheço e dou provimento ao recurso, restabelecendo a sentença de 1^o grau.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto por Sindicato dos Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde do Município do Rio de Janeiro, com arrimo no art. 105, III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Sétima Câmara Cível do TJRJ, assim ementado:

“O Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde no Estado do Rio de Janeiro – Sindherj, propôs ação ordinária de anulação de registro, precedida de cautelar, visando à desconstituição do registro do Sindicato dos Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde do Município do Rio de Janeiro, sob fundamento de que este último teria sido constituído de forma irregular, com manifesta afronta ao princípio da unicidade sindical, previsto no art. 513 da Consolidação das Leis do Trabalho e também do inciso II do art. 8^o da Constituição Federal, que ‘só permite a criação de um único sindicato na mesma base territorial’ (fl. 5).”

A sentença de 1^o grau julgou improcedente a ação, consignando que: “o desmembramento da base territorial de um sindicato, com a criação de outro, de base territorial mais restrita, encontra claríssimo eco na Constituição, basta construir-se que, uma vez criada a nova entidade, cessaria para o antigo sindicato, desde então, a representação dos trabalhadores ou de empresas reunidos na base territorial do novo sindicato” (fls. 534/535).

O Tribunal de Justiça, por sua vez, deu provimento à apelação do Autor, sob o fundamento de não ser possível a criação de nova unidade sindical, sob base compreendida no Sindicato anterior.

Insurge-se então o Recorrente, em sede especial, argüindo violação aos artigos 570 e 571 da Consolidação das Leis do Trabalho que, segundo afirma, “fundamentaram matéria de fato à qual são manifestamente inaplicáveis”. Acrescenta que a matéria tratada nos autos não diz respeito “à concentração e dissociação de categoria, mas, sim, a desmembramento de base territorial, fundamentada no art. 8º, inciso II, da Constituição Federal” (fl. 659).

O Sindicato-recorrido apresentou as contra-razões (fls. 778/804), sustentando a correção do acórdão recorrido, tanto no que diz respeito à norma constitucional quanto infraconstitucional, razão pela qual requer a sua manutenção.

O eminente Ministro-Relator deu provimento ao recurso, sustentando ser “indiscutível a diversidade das bases territoriais de atuação dos sindicatos”. Para tanto, argumenta o nobre Relator que: “O Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde no Estado do Rio de Janeiro – Sindherj, tem a base no Estado do Rio de Janeiro. O recorrente, Sindicato dos Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde do Município do Rio de Janeiro – Sindhrio, atuará no Município”.

Pedi vista dos autos para melhor examinar se a base territorial como está definida na Constituição Federal poderia impedir a criação de sindicato na área do Município do Rio de Janeiro.

Dispõe o art. 8º da Constituição Federal:

“Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.”

O citado dispositivo constitucional, ao declarar livre a associação profissional ou sindical, excluindo-a de qualquer interferência ou intervenção

do Poder Público (inciso I), estabeleceu duas únicas restrições ao princípio da liberdade sindical que são: 1) a necessidade de registro no órgão competente, da associação criada; 2) e a proibição de criação de mais de uma organização sindical representativa da mesma categoria em idêntica base territorial, fixando como limite mínimo a área do Município (unicidade sindical, inciso II). A unicidade sindical, portanto, está assegurada no inciso II do art. 8º, que deixou a definição de enquadramento sindical e de base territorial aos interessados, com a única ressalva da base territorial não ser inferior a um Município.

A respeito do tema, ensina **Mozart Victor Russomano**:

“O *princípio da unicidade sindical* não consiste em exigir que apenas um sindicato represente determinada categoria dentro de determinado território” ... “está em não permitir que mais de um sindicato atue em nome do mesmo grupo de empregadores ou de empregados em idêntica base territorial.”

No julgamento do REsp n. 40.267-0-SP, DJ de 19.6.1995, o eminente Ministro-Relator, Milton Luiz Pereira, assim deixou assentado:

“Registro e cadastro. Registro civil das pessoas jurídicas. Princípio da unicidade sindical. Desmembramento e desfiliação. Constituição Federal, art. 8º, I e II. Código Civil, art. 18. Lei n. 6.015/1973, art. 119.

1. A liberdade de associação profissional e sindical está erigida como significativa realidade constitucional, favorecendo o fortalecimento das categorias profissionais (art. 8º, CF).

2. O princípio da unicidade não significa exigir apenas um sindicato representativo de categoria profissional, com base territorial delimitada. Tem a finalidade de impedir que mais de um sindicato represente o mesmo grupo profissional. O desmembramento e desfiliação de profissionais de conglomerados associados, mesmo conflitante com o desejo de reforçar as atividades, organizando específico sindicato com categorias profissionais ou econômicas bem definidas, é consequência da liberdade sindical. Ao Estado está vedado intervir sobre a conveniência ou oportunidade do desmembramento ou desfiliação.

3. Precedentes da jurisprudência.

4. Recurso provido.”

Assentados os princípios da liberdade e da unicidade sindical, o único óbice à criação do novo sindicato seria a atuação na mesma base territorial.

No caso dos autos, como esclareceu o ilustre Ministro-Relator, o recorrido – Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Rio de Janeiro – Sindherj, tem a base no Estado do Rio de Janeiro, e o recorrente – Sindicato dos Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde do Município do Rio de Janeiro – Sindhrio, atuará no Município.

Não vejo, portanto, qualquer infringência ao princípio da unicidade sindical.

Diante do exposto, acompanho o voto do Relator, *conhecendo e dando provimento* ao recurso, para restabelecer a sentença de 1^a grau.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 279.491 – SP

(Registro n. 2000.0101570-2)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrente: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec
Advogados: Dairson Mendes de Souza e outros
Recorrida: Eletricidade de São Paulo S/A – Eletropaulo
Procuradores: Frederico Bendzius e outros

EMENTA: Processual Civil e Tributário – ICMS – Fornecimento de energia elétrica – Ilegitimidade ativa do Idec – Consumidor final (contribuinte de fato) – Precedentes.

– O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor não tem legitimidade para propor ação em nome de seus associados, consumidores de energia elétrica, por isso que não são sujeitos passivos da obrigação tributária.

– Na hipótese, são contribuintes do ICMS no fornecimento de energia elétrica a Eletropaulo e a Cesp e, como tal, sujeitos passivos de direito da obrigação tributária; a figura do contribuinte de fato (consumidor final) aqui representado pelo Idec é, pois, estranha à relação tributária.

– Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Franciulli Netto, Laurita Vaz e Paulo Medina. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília-DF, 7 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

Publicado no DJ de 10.2.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado pelo Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Estadual que, por unanimidade, deu provimento à remessa necessária e à apelação interposta por Eletropaulo – Eletricidade de São Paulo S/A, pela Fazenda do Estado de São Paulo e pela Cesp – Companhia Energética de São Paulo, nos autos da ação de repetição de indébito, com pedido de liminar, ajuizada pelo Idec contra os ora recorridos, objetivando ver restituídos os valores pagos indevidamente, a título de ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica, corrigidos monetariamente, acrescidos de juros.

O v. acórdão declarou que o Idec não tem legitimidade ativa **ad causam**, visto que os consumidores não são contribuintes de direito do ICMS. Afirmou que o Instituto é carecedor de ação e extinguiu o feito sem julgamento do mérito.

Inconformado, o Idec interpôs embargos de declaração, ao final rejeitados, alegando contradição, obscuridade e omissão quanto à aplicação do disposto no art. 166, CTN.

No recurso especial, o ora recorrente alega ter o v. aresto violado o art. 166 do CTN, bem como divergido de julgados do STJ, quando decidiu pela ilegitimidade dos credores para postular em juízo a repetição dos valores pagos a maior, a título de ICMS.

Recurso extraordinário interposto simultaneamente.

Contra-razões às fls. 2.398/2.402.

O recurso foi admitido no Tribunal **a quo**, subindo os autos a esta egrégia Corte, onde vieram a mim conclusos.

Dispensei o pronunciamento do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec ajuizou ação de repetição de indébito contra a Eletropaulo, a Cesp e a Fazenda Pública do Estado de São Paulo objetivando a restituição das quantias cobradas indevidamente, referentes ao ICMS incidente sobre a energia elétrica, em valor superior ao correspondente à alíquota fixada em lei e constantes das contas de luz, de acordo com a Lei Estadual n. 6.374/1989, art. 33, inquinado de inconstitucional e ilegal.

Julgada precedente a ação no juízo singular, apelaram as rés (Fazenda Estadual, Cesp e Eletropaulo) para o Tribunal de Justiça do Estado, que decidiu pela ilegitimidade do Instituto-autor, com apoio em precedente da extinta Décima Câmara do mesmo Tribunal, que, apreciando situação idêntica, proclamou (fl. 2.313):

“O Impetrante, alegando que os seus associados, que seriam consumidores de energia elétrica, sofrem prejuízos todos os meses, decorrente de ser o ICMS calculado, nas respectivas contas de luz, mediante critério que tem por base o disposto no art. 33 da Lei n. 6.374, de 1989, e que acarreta indevida majoração da base de cálculo do imposto, pede que se conceda a segurança para efeito de, doravante, serem as contas de luz emitidas sem o aludido acréscimo, passando-se a aplicar a alíquota correspondente tão-só sobre o valor da operação, nos termos do art. 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da atual Constituição Federal, e do art. 29 da Lei Estadual n. 6.374, de 1989.

Falta-lhe, porém, legitimidade para deduzir essa pretensão.

É que o consumidor final de energia elétrica, ao revés do que se sustenta, não é contribuinte do ICMS.

De acordo com o art. 121 do Código Tributário Nacional, ‘o sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.’”

O Tribunal **a quo**, na linha desse entendimento, pelo voto do Relator-Desembargador William Marinho, aduziu ainda os fundamentos que a seguir transcrevo (fl. 2.313):

“O consumidor não ostenta nenhuma dessas qualidades.

A mera circunstância de se tratar daquele que, a final, arca com o ônus tributário, uma vez que o valor do imposto vem embutido na conta de luz, é irrelevante.

Geraldo Ataliba, aludindo à distinção entre impostos diretos e indiretos, assevera cuidar-se de ‘classificação que nada tem de jurídica; seu critério é puramente econômico. Foi elaborada pela ciência das finanças, a partir de observação do fenômeno econômico da traslação ou repercussão dos tributos. É critério de relevância jurídica em certos sistemas estrangeiros. No Brasil, não tem aplicação’ (cf. Hipótese de Incidência Tributária, 5ª ed., Malheiros, n. 57, p. 126).

Significa isso, portanto, que os associados do Impetrante que sejam consumidores de energia elétrica podem ter, quiçá, um interesse econômico em que o ICMS seja calculado mediante critério diverso daquele que vem sendo observado, de tal modo que se reduza o **quantum** a ser pago nas respectivas contas de luz. Não têm, todavia, interesse jurídico em rebelar-se contra esse critério, já que, como se viu, não são sujeitos passivos da obrigação tributária (Apelação Cível n. 220.446-2-SP, relator Desembargador Paulo Franco, julgado em 5.5.1994).

Devido à identidade da causa, ficam adotados os mesmos fundamentos, como razão de decidir.”

Foram opostos os cabíveis embargos de declaração prequestionando os arts. 166 do CTN, e 5ª, inc. XXXV, da CF, os quais não foram acolhidos pela egrégia Câmara julgadora, em julgado resumido na ementa a seguir transcrita (fl. 2.345):

“Embargos de declaração. ICMS de energia elétrica. Repetição de indébito. Iniciativa de entidade representante dos consumidores. Ausência de interesse jurídico destes para o pleito. Acórdão lúcido na fundamentação. Ausência de hipóteses de cabimento dos embargos, que se rejeitam.”

Seguiu-se este recurso especial, no qual o Idec sustenta negativa de vigência ao art. 166 do CTN pelo aresto recorrido insistindo na tese de que o consumidor de energia elétrica, embora não seja contribuinte de direito, sofre o ônus tributário ao pagar o ICMS embutido no consumo, o que o legitima para promover a ação visando eximir-se da obrigação. E, reconhecido o poder de representação da Entidade-recorrente, não poderia ter sido o feito extinto por carência de ação.

Traz arestos deste Tribunal que dissentem do v. acórdão recorrido para infirmar a tese sustentada.

A questão discutida nos autos ficou restrita à preliminar de legitimidade do Instituto-autor, ora recorrente, para propor a ação de repetição de indébito tributário, em nome dos consumidores de energia elétrica, seus associados.

Não assiste razão ao Recorrente.

Ao julgar o RMS n. 6.932-SP, de minha relatoria, esta egrégia Segunda Turma decidiu:

“Tributário. Recurso ordinário. Mandado de segurança. ICMS. Fornecimento de energia elétrica. Ilegitimidade ativa e passiva das partes.

1. O Município de Salesópolis, não sendo contribuinte do ICMS, e, como tal, não sendo sujeito passivo da obrigação tributária, é destituído de legitimidade para discutir a imposição desse tributo.

2. De outra parte, o Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo e os Diretores da Eletropaulo e da Cia Telefônica de Borda do Campo são partes ilegítimas para figurarem no pólo passivo da ação mandamental proposta pela referida Municipalidade.

3. Recurso ordinário conhecido e improvido.” (DJ de 16.9.1996).

Do voto então proferido, valem transcritos os seguintes trechos:

“A ilegitimidade ativa do Impetrante é manifesta. Na forma do art. 7º, § 1º, item 8, do CTN, contribuinte do ICMS e, como tal, sujeito

passivo de direito da obrigação tributária no fornecimento de energia elétrica e da prestação do serviço de telecomunicação, são, na hipótese, a Eletropaulo e a Cia Telefônica de Borda do Campo, e o Impetrante é o consumidor final, portanto, contribuinte de fato, inexistindo relação jurídica tributária entre ele e a Fazenda Estadual. Aliás, isto está reconhecido na inicial, quando o Requerente afirma não ser 'sujeito passivo da relação jurídica tributária, ou seja, o Município não é contribuinte de ICMS' (fl. 5, quarto parágrafo). Destarte, assiste razão ao acórdão ao afirmar não ter o Impetrante 'legitimidade para discutir a validade da imposição fiscal contra a qual se insurge, uma vez que não ostenta, perante o poder tributante, a qualidade de sujeito passivo da obrigação fiscal' (fl. 184), amparando essa assertiva em acórdão do egrégio STF, da lavra do eminente Ministro Bilac Pinto, de cujo teor reproduziu o tópico seguinte: 'a relação tributária se estabelece unicamente entre o poder tributante e o contribuinte ou responsável, na forma da lei. De acordo com a nova interpretação, a figura do contribuinte de fato passou a ser considerada estranha à relação tributária, não podendo nela intervir a qualquer título'. (RE n. 68.924, RDA 105/114).

Por outro lado, é também inegável a ilegitimidade dos Impetrados para figurarem no pólo passivo da ação mandamental. O Secretário da Fazenda, por não ser o responsável direto pela execução do ato causador da violação ao suposto direito líquido e certo do Impetrante, e os dirigentes das concessionárias, por não serem os instituidores do tributo, não têm competência para fazer cessar sua imposição.

Não há como se possa afastar a decretação da carência de ação, em face da ausência de legitimidade, tanto ativa como passiva das partes, sendo sintomática a insistência do subscritor da inicial e do recurso em desistir da ação, o que, a despeito de não ter comprovado a outorga desse poder na procuração, enfraquece sobremaneira sua posição no processo e a validade de suas alegações anteriores."

No mesmo sentido, ainda de minha relatoria, vale citar o RMS n. 6.974-SP, do qual transcrevo a ementa que resumiu o julgado, nos termos a seguir:

"Processual e Tributário. Recurso ordinário. Mandado de segurança. ICMS. Fornecimento de energia elétrica. Ilegitimidade ativa e passiva das partes. Precedentes.

1. Não sendo sujeitos passivos da obrigação tributária relativa ao ICMS, os Municípios-recorrentes são destituídos de legitimidade ativa para ajuizar ação sobre esse tributo.

2. O Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo e os Diretores-Presidentes de concessionárias de energia elétrica, por seu turno, são partes ilegítimas **ad causam**.

3. Recurso ordinário conhecido e improvido.” (RMS n. 6.974-SP, DJ de 3.8.1998, rel. Min. Francisco Peçanha Martins).

Mais recentemente, a egrégia Primeira Turma, julgando o RMS n. 7.044-SP, da relatoria do Ministro Francisco Falcão, decidiu sobre o tema em perfeita consonância com o entendimento desta Segunda Turma, a ver:

“Processual Civil e Tributário. ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações. Município. Contribuinte de fato. Ilegitimidade ativa. Recurso em mandado de segurança improvido.

– O Município, por não ser sujeito da obrigação tributária, não é parte legítima para figurar no pólo passivo das ações que versem sobre cobrança de ICMS sobre o fornecimento de energia e serviços de telecomunicações.

– Ilegitimidade passiva do Secretário da Fazenda Estadual e diretores das Concessionárias-impetradas.

– Recurso ordinário improvido.”

Mantendo o mesmo posicionamento, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 289.640 – SP

(Registro n. 2000.0124294-6)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradora: Alcina Mara Russi Nunes
Recorrida: Imaculada Conceição Gentil
Advogado: Lourenço Porfírio Belutti Júnior

EMENTA: Processo Civil – Fraude à execução – CPC e CTN.

1. No CPC três situações podem levar à fraude à execução (art. 593). O CTN, bem mais drástico, estabelece, no art. 185, que, se há dívida ativa inscrita, em fase de execução, a alienação de bens, se onerosa, presume-se fraudulenta.

2. Para que se configure a fraude à execução não se exige a citação; é suficiente que a alienação tenha ocorrido após a citação da sociedade.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto, Laurita Vaz, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 6 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidenta e Relatora.

Publicado no DJ de 19.8.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: 1. Neste processo julguei monocraticamente o recurso especial, nos termos do art. 557 do CPC, por entender que o mérito do recurso ensejava reexame de prova, vedado pela Súmula n. 7 desta Corte.

A Fazenda do Estado de São Paulo interpôs agravo regimental, oportunidade em que verifiquei haver nos autos tese jurídica que necessita de apreciação pelo Colegiado.

Retratei-me da anterior decisão e trago o recurso especial para julgamento.

2. Na origem, temos como base fática empresa respondendo a diversas execuções, em uma das quais alegou a Exeqüente fraude à execução.

A alegação decorre do fato de ter sido citado o sócio-gerente na Execução n. 1.182/1992, como responsável tributário, anteriormente à venda de

um veículo de sua propriedade, placa BLD 8759. E a penhora do veículo, na execução mencionada, só ocorreu um mês após a alienação.

O juiz de 1^a grau indeferiu o pedido de reconhecimento de fraude à execução, ao argumento de que as diversas execuções fiscais contra a Executada não estavam apensadas, e que a de n. 1.410/1992 encontrava-se garantida com a penhora sobre os direitos de uso de terminais telefônicos, que somente após arrematação ocorrida em 12.7.1996 constatou-se ser insuficiente.

Irresignada, a Fazenda interpôs agravo de instrumento, sustentando que não pode prevalecer a alegação de boa-fé do adquirente do automóvel, porque pública a responsabilidade solidária do alienante, ainda que relativa a débito fiscal diverso, anterior à venda do veículo.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou integralmente a sentença, em acórdão assim ementado:

“Fraude de execução. Alienação realizada antes da citação e penhora nos autos. Existência de outras execuções fiscais, posteriormente apensadas, em que, sem a penhora do bem, tenha havido citação anterior. Impossibilidade de reconhecimento da alienação em fraude à execução, com base em citação anterior para outro processo, apenas posteriormente apensado. Agravo da Fazenda Pública-exequente improvido.” (fl. 14).

Inconformada, veio a Exequente a esta Corte, via recurso especial, com fulcro na letra a do permissivo constitucional, alegando contrariedade ao art. 185 do CTN, sustentando a ocorrência de fraude à execução.

Sem contra-razões, vieram-me conclusos os autos por força da convalidação do agravo de instrumento, e após a decisão de fl. 54, na qual exerci o juízo de retratação.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Prequestionado o dispositivo indicado no recurso, passo a examinar o especial.

O instituto de fraude à execução está disciplinado no CPC e no CTN.

No CPC, o art. 593 prevê três situações para que se materialize a fraude à execução:

1) quando sobre bens alienados ou onerados houver, em pendência, ação fundada em direito real;

2) quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência, e

3) nos demais casos expressos em lei.

O CTN, bem mais drástico, prevê fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas por aquele que está em débito para com a Fazenda, desde que esteja o crédito regularmente inscrito como dívida ativa, em fase de execução.

A jurisprudência caminhou no sentido de entender fraudulenta a alienação ou oneração após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo quando não tivesse ocorrido a citação, por presunção **juris et de jure** (REsp n. 2.250, Primeira Turma, rel. Ministro Cesar Asfor Rocha).

Assim, distanciou-se o intérprete do CTN daqueles que, à vista do CPC, pugnam por só considerar fraudulenta a alienação ou oneração quando já citado o executado.

Há ainda uma terceira posição, a dos intérpretes literais da norma do CTN, que entendem suficiente para configuração da fraude, que tenha sido inscrito o crédito da Fazenda na dívida ativa.

A jurisprudência mais recente do STJ, pela Primeira Seção, é ainda mais benéfica ao terceiro:

“Processual Civil. Embargos de divergência. Dívida fiscal. Execução. Oferecimento de embargos de terceiro. Faltantes anterior constrição e registro publicitário da ação. Citação. CTN (art. 185). Lei n. 6.015/1973 (arts. 195, §§ 5º e 21; 169 e 240). Lei n. 6.830/1980 (art. 7º, IV). CPC, arts. 219, 496, VIII; 546, I, e 593, II.

1. A interpretação do artigo 185, CTN, não deve ser ampliada, restringindo-se ao que contém, afastando-se a presunção **juris et de jure**.

2. O CTN nem o CPC, em face da execução, não estabelecem a indisponibilidade de bem alforriado de constrição judicial. A pré-existência de dívida inscrita ou de execução, por si, não constitui ônus **erga omnes**, efeito decorrente da publicidade do registro público. Para a demonstração do **consilium fraudis** não basta o ajuizamento da ação. A demonstração de má-fé pressupõe ato de efetiva citação ou de

construção judicial ou de atos repersecutórios vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem patrimonial configurem a fraude.

3. Validade da alienação a terceiro que adquiriu o bem sem conhecimento de construção, já que nenhum ônus foi dado à publicidade. Os precedentes desta Corte não consideram fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante.

4. Embargos desacolhidos.” (EREsp n. 31.321-SP, rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Seção, unânime, DJ de 16.11.1999).

“Recurso especial. Fraude à execução. Penhora não registrada em cartório. Alienação realizada antes da citação.

1. Não há que se falar em fraude a execução por ter-se alienado imóvel sobre o qual recaia penhora não registrada em cartório, devendo-se, ainda, ressaltar que a alienação no caso em tela operou-se antes da regular citação de que havia um executivo fiscal em andamento.

2. Precedentes.

3. Recurso improvido.” (REsp n. 105.158-SP, rel. Ministro José Delgado, DJ de 16.12.1996).

“Processual Civil. Fraude à execução. Embargos de terceiro. Boa-fé do adquirente do bem. Inexistência de violação ao art. 185 do CTN. Súmula n. 84-STJ.

I – A jurisprudência deste tribunal tem assentado o escólio no sentido de prestigiar o terceiro possuidor e adquirente de boa-fé, na hipótese de a penhora recair sobre imóvel objeto de execução e não mais pertencente de fato ao patrimônio do devedor, vez que transferido, muito embora não formalmente.

II – Consoante o enunciado da Súmula n. 84-STJ, ‘é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro’.

III – Não viola o art. 185 do CTN a decisão que entendeu não constituir fraude à execução a alienação de bens feita por quem não é sujeito passivo em débito com a Fazenda Pública, e tenha adquirido o bem objeto de construção judicial, amparado pela boa-fé, de pessoa não devedora da Fazenda, não havendo sido a penhora levada a registro.

IV – Recurso desprovido, sem discrepância.” (REsp n. 120.756-MG, rel. Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 15.12.1997).

“Recurso especial. Embargos de terceiros. Execução fiscal.

Arresto e posterior penhora de bem imóvel, vendido a terceiros, antes da citação do executado.

Validade da venda do imóvel a terceiro que o adquiria sem o conhecimento de constrição, já que tanto o arresto como a subsequente penhora não estavam registradas no registro imobiliário.

Recurso especial desprovido.” (REsp n. 92.507-RS, rel. Ministro José de Jesus Filho, DJ de 14.10.1996).

“Recurso especial. Fraude de execução. Penhora. Precedente da Corte.

1. Na linha de precedente desta Corte, não havendo o registro da penhora, não há falar em fraude de execução, salvo se aquele que alegar a fraude provar que o terceiro adquiriu o imóvel sabendo, comprovadamente, que estava penhorado, o que não ocorre no presente caso.

2. Recurso conhecido, mas improvido.” (REsp n. 55.491-RS, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 21.10.1996).

“Fraude à execução. Alienação do imóvel objeto da penhora antes da citação do devedor.

– Não configura fraude à execução a alienação do bem penhorado antes da citação válida do devedor.

– Dissídio pretoriano não comprovado.

– Agravo improvido.” (AgRg no Ag n. 54.720-MG, rel. Ministro Antônio Torreão Braz, DJ de 20.2.1995).

“Processo Civil. Fraude de execução. Inocorrência. Imóvel alienado por co-executado antes de sua citação. Art. 593, II, CPC. Precedentes (dentre outros, REsps n. 2.573-RS, 2.429-SP, 5.208-SP, 7.429-PR, 4.755-SP, 22.330-MG, 45.519-SP, 16.823-SP, 40.306-SP). Recurso não conhecido.

– Na linha dos precedentes da Corte, não se considera realizada em fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado-alienante.” (REsp n. 55.884-0-RS, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 20.2.1995).

Na hipótese dos autos há uma peculiaridade. É que a execução dirige-se contra a Empresa, pessoa jurídica, da qual é o Recorrido sócio, tendo sido chamado a juízo na qualidade de responsável tributário.

A hipótese encerra tratamento jurídico bem mais severo, tendo a Primeira Turma diversos precedentes:

“Processual Civil. Tributário. Fraude à execução fiscal. Art. 185, CTN. Bem de sócio alienado antes de sua citação, quando já havia sido iniciada execução contra a sociedade.

1. A interpretação do art. 185 do CTN deve se restringir ao teor do mesmo, não se admitindo presunção **juris tantum**.

2. Caracteriza-se fraude à execução fiscal a alienação de bem de sócio ainda não citado, embora já iniciada a execução contra a sociedade.

3. Precedentes.

4. Recurso provido.” (REsp n. 136.577-SP, rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, unânime, DJ de 17.11.1997).

“Processual Civil. Execução fiscal. Responsabilidade do sócio-gerente. Dissolução irregular da sociedade. Fraude à execução. Caracterização.

O sócio-gerente que dissolve irregularmente a sociedade, deixando de recolher os tributos devidos, infringe a lei e se torna responsável pela dívida da empresa.

Mesmo não constando da CDA o nome dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado, podem ser citados, e ter seus bens penhorados para o pagamento de dívidas da sociedade da qual eram sócios.

Para a caracterização da fraude à execução, basta que a alienação seja posterior à existência de pedido de executivo despachado pelo juiz, não sendo necessária a efetivação da citação.

Recurso provido.” (REsp n. 193.226-SP, rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, unânime, DJ de 8.3.1999).

“Tributário. Execução fiscal. Fraude. Citação. Sócio. Art. 185, CTN.

1. Fincou a Primeira Turma orientação no sentido de ser desnecessária a citação do sócio para que se configure a fraude à execução fiscal, sendo suficiente que alienação do bem ocorra após o ajuizamento da execução.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso provido.” (REsp n. 161.620-SP, rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, unânime, DJ de 5.11.2001).

“Tributário e Processo Civil. Fraude à execução. Necessidade de citação do sócio-gerente quando há o redirecionamento da execução.

1. Para a caracterização da fraude à execução, em se tratando de redirecionamento para o sócio-gerente, não se exige a sua citação, sendo suficiente que a alienação tenha ocorrido após a citação da sociedade.

2. Precedente da Primeira Turma.

3. Recurso provido.” (REsp n. 225.891-SP, rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, unânime, DJ de 11.3.2002).

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência da Corte está dissociada do entendimento contido no acórdão impugnado, razão pela qual dou provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 404.432 – RJ

(Registro n. 2001.0132981-8)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Estado do Rio de Janeiro
Procuradores: José Alfredo Ferrari Sabino e outros
Recorrido: Paes Mendonça S/A
Advogados: José Oswaldo Corrêa e outros

EMENTA: Tributário – ICMS – Creditamento – Energia elétrica usada no processo produtivo.

1. Supermercado que, conforme perícia, ao lado da atividade comercial desenvolve processo industrial de alimentos (panificação e congelados) e produz mercadoria (art. 46, parágrafo único, do CTN).

2. Legislação do ICMS que, à época (Convênio n. 66/1988 e Lei n. 1.423/1989), permitia o creditamento do ICMS da energia elétrica utilizada como mercadoria, na composição da produção.

3. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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 Sra. Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto, Laurita Vaz, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 6 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidenta e Relatora.

Publicado no DJ de 5.8.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgando embargos infringentes, decidiu em acórdão assim ementado:

“Tributário. ICMS. Utilização de energia elétrica na industrialização de produtos por supermercado. Crédito correspondente a essa utilização.

1. Se existe prova pericial demonstrando que o contribuinte usa energia elétrica no processo de industrialização de seus produtos, tem ele direito ao crédito do ICMS correspondente a essa utilização, nos termos do art. 36, III, da Lei n. 1.423/1989.

2. Embargos infringentes improvidos.” (fl. 374).

Interpôs o Estado do Rio de Janeiro embargos declaratórios sustentando a existência de omissão no julgado, porque não houve pronunciamento acerca da tese que, consoante o disposto no art. 46, parágrafo único, do CTN, as atividades de panificação e frio alimentar desenvolvidas no estabelecimento do Embargado não constituem industrialização.

O Tribunal **a quo** rejeitou os embargos, ao argumento de que o recurso não se presta para a modificação do julgado, surgindo, assim, o presente especial, no qual alega o Recorrente, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, violação aos arts. 458, II, e 535, II, do CPC, e ao art. 46, parágrafo único, do CTN.

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

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Afasto a alegada violação aos arts. 458, II, e 535, II, do CPC, porque restou prequestionado implicitamente no voto-recorrido o art. 46, parágrafo único, do CTN, que dispõe:

“Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

(...)

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou aperfeiçoe para consumo.”

Ultrapassado este ponto, passo ao exame do recurso, que pode ser resumido na seguinte questão: considera-se atividade industrial aquela exercida na panificação e no frio alimentar, de modo a possibilitar o creditamento do ICMS relativo à energia elétrica utilizada neste processo?

A resposta é positiva à luz da legislação pertinente.

O art. 46, parágrafo único, do CTN dispõe que pode ser considerado como industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

A prova pericial deixou claro que a Empresa, um supermercado, também é produtora de mercadoria na área de panificação e alimentos congelados, o que faz incidir o disposto no art. 46, parágrafo único, do CTN, que, entretanto, ainda não seria suficiente para o creditamento pleiteado pela empresa, não fosse o art. 31 do Convênio n. 66/1988, vigente à época da autuação ocorrida na segunda quinzena de dezembro/1992, segundo a sentença (fl. 267).

O mesmo conteúdo do art. 31 foi repetido no art. 36 da Lei n. 1.423/1989, o qual, no inciso II, considerou a energia elétrica como mercadoria para efeito de incidência do ICMS.

Ora, se a empresa é produtora de mercadoria e se no processo de industrialização utiliza-se da energia elétrica, certo está que faça o creditamento do ICMS incidente sobre esta mercadoria (energia elétrica).

De tudo que se vê nos autos, transcrevo pela lucidez e logicidade, trecho do parecer do Ministério Público e que serviu de embasamento para a sentença que julgou procedente a ação anulatória de débito fiscal. Disse o *Parquet*:

“... com o advento da Lei n. 1.423/1989, a energia elétrica passou a ser considerada mercadoria, para fins de incidência do ICMS (art. 2º, § 2º). Entretanto, a par disto, entende-se que a legislação tributária, ao afirmar que a energia elétrica é uma mercadoria, define-a sob o aspecto objetivo. Isto não quer dizer que para toda e qualquer pessoa a energia elétrica caracteriza-se como mercadoria, embora apresente-se dotada da condição de sê-lo. O fornecimento da energia importa em fato gerador do imposto, ao ser recebido por quem a utiliza. Para quem adquire a energia elétrica para uma nova transferência ou para utilização, em processo de fabricação de um produto, a electricidade mostrar-se-á como uma mercadoria e o contribuinte fica com o direito ao crédito do ICMS incidente sobre a operação.” (fls. 269/270).

Por fim, a clareza dos embargos infringentes que na própria ementa tem afirmação bem contundente:

“Se existe prova pericial demonstrando que o contribuinte usa energia elétrica no processo de industrialização de seus produtos, tem ele direito ao crédito do ICMS, correspondente a essa utilização, nos termos do art. 36, III, da Lei n. 1.423/1989.” (fl. 374).

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

