

Jurisprudência da Primeira Turma

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR
N. 5.930 — PE (2002/0174575-5)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Agravante: Estado de Pernambuco

Procuradores: Sérgio Augusto Santana Silva e outros

Agravado: Abílio Nogueira da Silva

EMENTA

Ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda (art. 489 do CPC).

Não é recomendável desacatar a coisa julgada, desprezando a segurança jurídica, um dos pilares do Estado de Direito.

Somente em caso de evidente teratologia do acórdão rescindendo e da irreversibilidade de sua execução, admite-se o empréstimo de efeito suspensivo à ação rescisória.

“Imprimir efeito suspensivo à ação rescisória, para tolher o desenvolvimento de execução por título judicial é agravar a dificuldade em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro — afogado na plethora de recursos, incapaz de satisfazer aqueles que o procuram, em busca de seus direitos” (AgRg no AgRg na MC n. 1.372/Humberto).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira 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 do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 1^a de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O agravo regimental desafia decisão que proferi nestes termos:

“Trata-se de pedido de liminar para *suspender o pagamento do precatório até o julgamento final do recurso especial a ser interposto* ou, segundo, *determinar o depósito da importância do precatório em banco oficial à disposição da Presidência desse colendo Tribunal, até o julgamento final do recurso especial a ser interposto.*” (Fl. 28)

No mérito, deduz idêntico pedido (fl. 29).

O núcleo da questão jurídica desta ação cautelar é a suspensão do pagamento de precatório que deverá ser pago até o próximo dia 31 de dezembro de 2002, no valor de R\$ 6.401.274,90 (seis milhões e quatrocentos e um mil e duzentos e setenta e quatro reais e noventa centavos).

Indeferido o pedido de liminar formulado na Medida Cautelar Inominada n. 47.021-9, ajuizada concomitantemente com Ação Rescisória n. 47.020-2, ocasionou a interposição do agravo regimental improvido.

Para tanto, declina na inicial as razões da pretensão liminar (fls. 1/29).

Decido:

Do voto-condutor, transcrevo o seguinte trecho:

“Desapossado, pois, o réu, do seu bem, por ato administrativo ilícito (desapropriação indireta), tem ele direito a haver indenização, não havendo, então, qualquer erro de direito na sentença, nem no acórdão que a confirmou.

Destarte, não vislumbrando presente qualquer das hipóteses previstas no art. 485 do CPC, denotando-se, aqui, o propósito do autor em propiciar um reexame a respeito da injustiça da sentença e de reexame de provas, o que não é cabível em sede de rescisória, porque assim estar-se-ia se utilizando desta ação especial como sucedâneo de recurso ordinário, entendo inexistir o requisito do **fummus boni juris** a autorizar a concessão da liminar postulada na medida cautelar para emprestar efeito suspensivo à ação rescisória” (fls. 166/167).

Não enxergo prejuízo algum e nem vejo razão para retardar o pagamento do precatório já referido. Aliás, a sentença que agora se pretende rescindir sequer foi impugnada por recurso voluntário (fl. 74).

Indefiro, pois, o pedido de liminar, porque ausentes os pressupostos autorizadores.

Em decorrência, nego seguimento ao processo e o declaro extinto por perda do objeto (CPC, art. 267, IV).

Intime-se”. (Fl. 203)

O agravante diz que a decisão foi equivocada e que diverge da uníssona interpretação jurisprudencial, inclusive o STJ. Sustenta que é flagrante o prejuízo que está ameaçado de sofrer, pois a decisão agravada prejudica não só o objeto da ação cautelar como também a efetividade da ação rescisória em curso, o que autoriza a concessão da medida cautelar, nos termos do artigo 798 do CPC.

Afirma que o **periculum in mora** existe não só em face ao milionário valor do precatório objeto da ação, como também por implicar em levantamento de dinheiro, que inegavelmente caracteriza lesão grave e de difícil reparação.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Na decisão da liminar me detive na questão da probabilidade do bom direito e no perigo da demora, não podia e nem posso examinar o mérito da ação rescisória. Não detectei a probabilidade do bom direito, a requerente na verdade quer rediscutir tema já abordado no acórdão rescindendo, inclusive matéria de prova. Ausente um dos pressupostos, não se defere a medida.

A questão do erro de fato argüido pela requerente é afastada pelo teor do § 2º do artigo 485, do CPC, que dispõe ser “indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia e nem pronunciamento judicial sobre o fato”. Houve pronunciamento judicial do fato.

O deferimento de medida cautelar se faz necessário quando há iminente perigo da grave lesão ao direito postulado através da conjugação dos requisitos da “fumaça do bom direito” e do “perigo da demora”, assegurando a utilidade e a eficácia do provimento jurisdicional principal.

No caso, para o acolhimento do pedido cautelar, seria necessário superar a análise perfunctória daquela conjugação, para debruçar-me sobre o próprio mérito da ação rescisória. A via cautelar não comporta exame aprofundado do mérito da ação principal, sendo assim, em cognição sumária não é recomendável desprezar a coisa julgada, homenageando a segurança jurídica, um dos pilares fundamentais à estabilidade do Estado de Direito.

Apenas em hipóteses excepcionalíssimas a jurisprudência desta Corte tem afastado a incidência do art. 489 do CPC para suspender a execução de acórdão rescindendo, em medida cautelar.

A questão é velha. O extinto Tribunal Federal de Recursos sumulou o entendimento, na Súmula n. 234, **in verbis**:

“Não cabe medida cautelar em ação rescisória para obstar os efeitos da coisa julgada.”

Neste sentido, guiou-se a jurisprudência deste egrégio Tribunal, a exemplo: REsp n. 4.076/Barros Monteiro, REsp n. 30.235/Scartezzini, AgRg na MC n. 872/Direito e REsp n. 2.600/Fontes de Alencar.

Relembro, por fim, trecho da AgRg no AgRg na MC n. 1.372 de minha relatoria:

“Imprimir efeito suspensivo à ação rescisória, para tolher o desenvolvimento de execução por título judicial é agravar a dificuldade em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro — afogado na plethora de recursos, incapaz de satisfazer aqueles que o procuram, em busca de seus direitos.”

Por outro lado, a questão está prejudicada. É que o valor do precatório deve ter sido pago até 31 de dezembro de 2002.

Nego provimento ao agravo regimental.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE
INSTRUMENTO N. 437.069 — SP (2002/0009533-4)**

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Agravante: Carlos Cabeças

Advogados: Luís Felipe Dino de Almeida Aidar e outro

Agravada: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Lázara Mezzacapa e outros

EMENTA

Agravo regimental — Carência de ação — Ataque ao mérito — Ausência de prequestionamento.

1. Não há ofensa ao art. 535, do CPC, quando o Tribunal **a quo** deixa de responder aos embargos declaratórios sobre o mérito da causa, porque declarou a carência de ação.

2. Se não houve exame da responsabilidade do Estado, evidentemente, o art. 159 do CC não foi prequestionado. Incidências das Súmulas ns. 211/STJ e 282/STF.

3. Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira 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 do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 20 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

Publicado no DJ de 14.04.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Trata-se de regimental contra negativa de seguimento de agravo de instrumento.

A decisão combatida afastou ofensa ao art. 535 do CPC e fincou-se em ausência de prequestionamento. Aplicou as Súmulas ns. 282/STF e 211/STJ.

O Agravante renova os fundamentos do recurso especial. Acresce que houve violação ao art. 159 do CPC.

Este, o relato.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): As razões da decisão agravada permanecem íntegras, confirmam:

“Não há quaisquer ofensas ao art. 535 do CPC. O Tribunal **a quo** verificou carência de ação, assim, não poderia incursionar no exame da responsabilidade do Estado que ficou prejudicado ante o acolhimento da preliminar.

Se não houve exame da responsabilidade do Estado, evidentemente, o art. 159 do CC não foi prequestionado. Incidências das Súmulas ns. 211/STJ e 282/STF.” (Fl. 236)

Vejam, também, trechos do acórdão recorrido, **in verbis**:

“O autor é carecedor de ação, como se verá, desde que os registros anteriores que teriam sido anulados por decisão judicial foram restabelecidos em decisões posteriores, não mais subsistindo a causa da indenização pretendida.

(omissis)

Desta forma, não subsiste o fundamento invocado pelo autor para reclamar indenização da ré, porquanto restabelecida a validade das transcrições da qual a de sua propriedade é decorrente, antes mesmo do ajuizamento da presente ação.” (Fls. 139/140)

Assim, mantem-se a decisão agravada.

Nego provimento ao regimental.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 490.510 — RS (2003/0008791-9)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravantes: Arcílio Felix Souza Filho — Espólio e outros

Advogados: Flávio Libório Barros e outros

Agravada: Fazenda Nacional

Procuradores: Dolizete Fátima Michelin e outros

EMENTA

Tributário. Agravo regimental no agravo de instrumento. Fundo de previdência privada. Extinção. Rateio do patrimônio líquido. Imposto de renda. Incidência a partir do advento da Lei n. 9.250/1995.

I - É legal a incidência do imposto de renda a partir do advento da Lei n. 9.250/1995, pois esta não mais passou a exigir o recolhimento do imposto sobre as parcelas de contribuição aos fundos privados de complementação de aposentadoria, conseqüentemente as verbas auferidas a título de rateio do patrimônio líquido constituem acréscimo patrimonial, passíveis, portanto, de tributação, conforme dicção do art. 43 do CTN.

II - “O rateio do patrimônio de entidade de previdência privada extinta, entre os respectivos participantes, não caracteriza acréscimo patrimonial de forma a legitimar o recolhimento de imposto de renda, exceto no tocante à devolução das contribuições efetuadas a partir de 1996, após o advento da Lei n. 9.250/1995, que permitiu ao contribuinte deduzi-las da base de cálculo do tributo em referência” (REsp n. 412.304/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 23.09.2002, p. 248).

III - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília(DF), 04 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 20.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto por Arcílio Felix Souza Filho — Espólio e outros contra decisão de minha lavra, pela qual neguei seguimento ao agravo de instrumento em epígrafe, tendente a viabilizar o trânsito de recurso especial, sob o fundamento de que é legal a incidência do imposto de renda a partir do advento da Lei n. 9.250/1995, pois esta não mais passou a exigir o recolhimento do imposto sobre as parcelas de contribuição aos fundos privados de complementação de aposentadoria, conseqüentemente as verbas auferidas a título de rateio do patrimônio líquido constituem acréscimo patrimonial, passíveis, portanto, de tributação, conforme dicção do art. 43 do CTN.

Alegam os agravantes que a tributação das quantias liberadas em decorrência do rateio do patrimônio líquido de entidade de previdência privada, em liquidação extrajudicial, afronta o artigo 43 do CTN.

Em mesa, para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que o presente agravo regimental não merece provimento, em face das razões que sustentam a decisão recorrida.

Com efeito, é do seguinte teor a decisão agravada, **verbis**:

“Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento tendente a viabilizar subida a esta Corte de recurso especial interposto por Arcílio Félix Souza Filho — Espólio e outros, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que restou assim ementado, **verbis**:

“Tributário. Retenção de imposto de renda incidente sobre o rateio do patrimônio de entidade fechada de previdência privada. Bitributação. Isenção. Lei n. 7.713/1988 e 9.250/1995.

1. Não há dupla incidência de imposto de renda sobre os valores decorrentes do rateio do patrimônio de entidade fechada de previdência privada, liquidada extrajudicialmente, porque não se trata do mesmo fato gerador que acarretou a tributação na fonte, ao tempo da Lei n. 7.713/1988.

2. A isenção da Lei n. 7.713/1988 abrange somente as contribuições pagas exclusivamente pelo participante, no período de 1989 a 1995, que devem ser excluídas da incidência de imposto de renda, quando do rateio do patrimônio da entidade. Havendo comprovação nos autos de que estas parcelas foram deduzidas da base de cálculo do imposto de renda, improcede o pedido.

3. As verbas decorrentes das contribuições da entidade e dos recursos obtidos pelos investimentos do fundo nunca estiveram à disposição dos participantes, antes do rateio ocasionado pela extinção da entidade. A aquisição da disponibilidade econômica destes valores ocasiona acréscimo patrimonial, fato gerador do imposto de renda.”

Opostos embargos de declaração ao acórdão por ambas as partes, foram os opostos pelos agravantes rejeitados e os opostos pela agravada acolhidos, apenas para o fim de prequestionamento (fl. 130).

Sustentam os ora agravantes, em suas razões de recurso especial, violação aos artigos 150, IV e 154, I, da CF e 43 do CTN, bem como divergência jurisprudencial, pugnano pela não-incidência do imposto de renda sobre a devolução das reservas matemáticas aos participantes ativos dos fundos mantidos para Fucace, entidade de previdência fechada compulsoriamente liquidada por ato do governo.

A decisão de fls. 173/174 negou seguimento ao recurso especial, ensejando a interposição de agravo de instrumento, pedindo a sua reforma.

Relatados, passo a decidir.

Tenho que não procede a presente postulação.

A Lei n. 9.250/1995 veio trazer novo disciplinamento às Contribuições e Benefícios de Previdência Privada. O art. 33, como parte desta nova disciplina, deve ser analisado em conjunto com os arts. 4^a, V, e 8^a, II, e, da mesma lei. Estes dispositivos alteraram a forma pela qual se determinava a base de cálculo do imposto de renda.

Pelo novel diploma legal, as contribuições feitas à entidade de previdência privada domiciliada no País podem ser deduzidas da base de cálculo do imposto de renda, e, por essa razão, o art. 33 da Lei n. 9.250/1995 prevê que, quando há o resgate destas contribuições, elas se sujeitam à incidência do imposto de renda.

Entretanto, antes da vigência da Lei n. 9.250/1995, com o esteio na Lei n. 7.713/1988, as contribuições destinadas ao custeio de plano de previdência privada eram consideradas para efeito de definição da base de cálculo do imposto de renda apurado no exercício de 1^a.01.1989 a 31.12.1995.

Dessa forma, caso fosse aplicado o comando do art. 33 àquelas contribuições recolhidas antes da edição da Lei n. 9.250/1995, haveria evidente **bis in idem**, uma vez que elas já sofreram a incidência do imposto de renda.

Reconhecendo esta situação, o Executivo editou a Medida Provisória n. 1.459/1996, que em seu artigo 8^a adotou este entendimento, **verbis**:

“Art. 8^a - Exclui-se da incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de rendimentos o valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1^a de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995.”

Ressalte-se, que não há que se falar em isenção, uma vez que essas contribuições já foram tributadas. O recebimento do valor do referido benefício constitui apenas retorno do capital.

Aliás, esta egrégia Turma já teve oportunidade de apreciar matéria idêntica, consoante se vê do seguinte precedente, **litteris**:

“Tributário. Plano de previdência privada. Imposto de renda. Leis ns. 7.713/1988 e 9.250/1995. Isenção. Medida Provisória n. 1.459/1996. Precedentes.

1. O resgate das contribuições recolhidas sob a égide da Lei n. 7.713/1988 anterior à Lei n. 9.250/1995 não constitui aquisição de ren-

da, já que não configura acréscimo patrimonial. Ditos valores recolhidos a título de contribuição para entidade de previdência privada, antes da edição da Lei n. 9.250/1995, eram parcelas deduzidas do salário líquido dos beneficiários, que já havia sofrido tributação de imposto de renda na fonte. Daí por que, a incidência de nova tributação por ocasião do resgate, configuraria bitributação.

2. A Lei n. 9.250/1995 só vale em relação aos valores de poupança resgatados concernentes ao ano de 1996, ficando livres da incidência do imposto de renda, “os valores cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião do seu desligamento do plano de previdência, correspondentes às parcelas das contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995”, nos moldes do art. 7º, da Medida Provisória n. 1.559-22.

3. Não incide o imposto de renda sobre o resgate das contribuições recolhidas pelo contribuinte para planos de previdência privada quando o valor corresponde aos períodos anteriores à vigência do art. 33, da Lei n. 9.250/1995, o qual não pode ter aplicação retroativa.

4. O sistema adotado pelo art. 33, em combinação com o art. 4º, inc. V, e 8º, inc. II, e, da Lei n. 9.250/1995, deve ser preservado, por permitir o ordenamento jurídico tributário, além de constituir incentivo à previdência privada.

5. Os dispositivos supra-indicados, por admitirem a dedutibilidade para o efeito ou apuração do cálculo do imposto de renda, das contribuições pagas pelos contribuintes a entidades de previdência privada, legitimam a exigência do mesmo contribuinte sujeitar-se ao mencionado tributo, na fonte e na declaração, quando receber os benefícios ou por ocasião dos resgates das operações efetuadas.

6. As regras acima, porém, só se aplicam aos recolhimentos e recebimentos operados após a vigência da referida lei.

7. Os recebimentos de benefícios e resgates decorrentes de recolhimentos feitos antes da Lei n. 9.250/1995, conforme exposto, não estão sujeitos ao imposto de renda, mesmo que a operação ocorra após a vigência da lei.

8. Precedentes desta Corte Superior.

9. Recurso especial não provido.” (REsp n. 412.945/SC; DJ de 29.04.2002; Rel. Min. José Delgado)

É legal a incidência do imposto a partir do advento da Lei n. 9.250/1995, pois esta não mais passou a exigir o recolhimento do imposto de renda sobre as parcelas de contribuição aos fundos privados de complementação de aposentadoria, conseqüentemente as verbas auferidas a título de rateio do patrimônio líquido constituem acréscimo patrimonial, passíveis, portanto, de tributação, conforme dicção do art. 43 do CTN.

Sobre o assunto, confira-se, ainda, o REsp n. 412.304/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 23.09.2002, assim ementado, **verbis**:

“Tributário. Fundo de previdência privada. Extinção. Rateio do patrimônio. Imposto de renda. Isenção. Exceção. Contribuições efetuadas sob a égide da Lei n. 9.250/1995.

1. O rateio do patrimônio de entidade de previdência privada extinta, entre os respectivos participantes, não caracteriza acréscimo patrimonial de forma a legitimar o recolhimento de imposto de renda, exceto no tocante à devolução das contribuições efetuadas a partir de 1996, após o advento da Lei n. 9.250/1995, que permitiu ao contribuinte deduzi-las da base de cálculo do tributo em referência.

2. Recurso parcialmente provido”.

Quanto à análise do recurso com fulcro na alínea **c**, do art. 105, III, da CF, resta prejudicada, uma vez que não houve a demonstração analítica do dissídio, nos moldes do disposto no art. 255 do RISTJ e 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego seguimento ao presente agravo, com fulcro no art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil.” (Fls. 185/188)

Destarte, não tendo os agravantes, em seus argumentos, conseguido infirmar o referido entendimento, não vejo como reformar o decidido.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o meu voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 125.968 — PR (1997/0022485-6)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Companhia Energética de São Paulo — CESP

Advogados: Carlos Eduardo Cury e outros

Agravados: Maurilio Favoreto e outros

Advogados: Pedro Elias Arcênio e outros

EMENTA

Administrativo. Agravo regimental. Recurso especial. Desapropriação. Terrenos reservados. Margem de rio. Indenização. Súmula n. 479/STF. Inaplicabilidade. Violação a preceitos constitucionais. Análise. Impossibilidade.

I - Esta Corte tem pacificado o entendimento segundo o qual os terrenos reservados, ou seja, aqueles constantes das faixas ribeirinhas dos rios, são indenizáveis, não se aplicando a Súmula n. 479 do Pretório excelso.

II - É vedado a esta Corte analisar suposta violação a dispositivos constitucionais, mesmo que para fins de questionamento.

III - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 08.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto pela Companhia Energética de São Paulo — CESP contra decisão que proferi, dando provimento ao recurso especial em epígrafe, uma vez que os terrenos reservados que margeiam os rios são indenizáveis, não se aplicando a Súmula n. 479 do STF

Sustenta a agravante, em termos sucintos, que, com o intuito de prequestionamento do art. 20, III, da CF e da Súmula n. 479 do STF, as áreas reservadas são de domínio público, não sendo, portanto, passíveis de indenização.

Em mesa, para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Em que pese aos esforços da agravante, tenho que o presente agravo não merece provimento, em face das razões que sustentam a decisão recorrida.

Com efeito, é do seguinte teor a decisão agravada, **verbis**:

“Discute-se, em recurso especial, interposto com base na alínea **c** do permissivo constitucional, sobre a possibilidade de indenização, em desapropriação, dos chamados terrenos reservados, hipótese não admitida pelo tribunal estadual.

A questão já se encontra pacificada na Corte, conforme se pode observar das seguintes ementas:

“Desapropriação — Indenização — **Area non aedificandi** — Faixa de 15 metros.

É indenizável a faixa reservada de 15 metros, às margens dos rios. Entendimento pacífico no STJ.

Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 89.304/SP, DJ de 16.02.1998, p. 29, Min. Garcia Vieira)

“Administrativo — Desapropriação — Terrenos reservados: Indenização — Juros compensatórios: Forma de cálculo.

1. Pacificou-se a jurisprudência da Corte, confirmada em inúmeros precedentes, no sentido da incidência de indenização nos terrenos reservados dos rios que não se inscreveu dentre o patrimônio da União (art. 20, III da CF). Inaplicabilidade da Súmula n. 479 do STF

2. Juros compensatórios contados a partir da data da imissão da posse sobre o valor da indenização, afastando-se a incidência da Súmula n. 74 do extinto TFR.

3. Recurso não conhecido.” (REsp n. 35.509/SP, DJ 20.03.2000, p. 60, Min. Eliana Calmon)

Nesse mesmo sentido, cito os AgRg no Ag n. 121.486/SP, DJ 1º.03.1999, p. 285, REsp n. 59.883/SP, DJ de 21.08.1997, p. 46.397, ambos do Ministro Adhemar Maciel, REsp n. 64.065/DF, DJ de 18.09.1995, p. 29.947, Ministro Humberto Gomes de Barros, REsp n. 60.137/SP, DJ de 29.05.1995, p. 15.482, Ministro César Rocha, entre outros.

Pelo exposto e com base nos artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, conheço do especial, vez que configurado o dissídio, e dou-lhe provimento para restaurar a sentença de primeiro grau, no tocante à inclusão na indenização da verba relativa à área tida como reservada.”

Insubsistentes os argumentos da agravante, porquanto esta Corte tem pacificado o entendimento, segundo o qual os terrenos reservados, ou seja, aqueles constantes das faixas ribeirinhas dos rios, são indenizáveis.

Nesse sentido, confira-se, ainda, além dos precedentes juntados na decisão agravada: REsp n. 151.412/PR, de minha relatoria, DJ de 08.08.2002 e REsp n. 126.564/SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 16.03.2001.

Ademais, quanto à verificação da existência de suposta violação a preceitos constitucionais, observa-se que essa análise cabe exclusivamente ao Pretório excelso, sendo vedado a esta Corte fazê-lo, ainda que para fins de prequestionamento.

Nessa esteira, destaco o seguinte precedente, do qual fui Relator, **litteris**:

“Processual Civil e Tributário. Mercadoria importada. Barrilha. Transferência ficta. Armazéns gerais. Embargos de declaração. Contradição. Inexistência. Pquestionamento de matéria constitucional. Impossibilidade da via eleita.

(...**omissis**...)

— A análise de suposta violação a dispositivo constitucional é de competência exclusiva do Pretório excelso, conforme prevê o art. 102, inciso III, da Carta Magna, pela via do recurso extraordinário, sendo, pois, defeso a esta colenda Corte fazê-lo, ainda que para fins de prequestionamento.

(...**omissis**...)” (EDcl no REsp n. 237.866/SP, DJ de 18.02.2002, p. 243)

Destarte, não tendo a agravante, em seus argumentos, conseguido infirmar o referido entendimento, não vejo como reformar o decidido.

Ante o exposto, nego provimento ao presente agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 489.348 — PR (2002/0173162-9)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Agravante: Fazenda Nacional

Procuradores: Andrea Schramm de Rocha Santana e outros

Agravado: Wagner Amaury Gau

Advogado: Ricardo Rogério Gau

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental. Ação civil coletiva. Execução de sentença. Honorários advocatícios. Lei n. 9.494/1997, art. 1^o-D. Inaplicabilidade.

1. A ação individual destinada à satisfação do direito reconhecido em sentença condenatória genérica, proferida em ação civil coletiva, não é uma ação de execução comum. É ação de elevada carga cognitiva, pois nela se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material.

2. A regra do art. 1^o-D da Lei n. 9.494/1997 destina-se às execuções típicas do Código de Processo Civil, não se aplicando à peculiar execução da sentença proferida em ação civil coletiva.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de agravo regimental (fls. 44/53) interposto contra decisão (fls. 39/42) negando seguimento a recurso especial interposto em demanda visando ao arbitramento de honorários advocatícios em execução de sentença proferida em ação civil pública. Referida decisão considerou que o acórdão do Tribunal de origem encontra-se em harmonia com o entendimento dominante desta Corte no sentido de que “o art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 não se aplica às execuções ajuizadas antes de sua vigência”.

Sustenta a agravante que a decisão viola o art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, segundo o qual “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Nacional nas execuções não embargadas”. Colaciona jurisprudência desta Corte favorável à sua tese.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): Consta na ementa do acórdão proferido pelo Tribunal de origem que “é cabível a fixação de verba honorária em favor do exequente, em execução de sentença prolatada em ação civil pública, uma vez que, embora o provimento seja coletivo, a execução é individualizada, necessitando da apuração específica do **quantum debeatur**, tendo o exequente, para tanto, que constituir legalmente procurador para ingresso em juízo, o qual demanda despesas que deverão ser suportadas pela executada” (fl. 23v).

Tal entendimento não merece reparos. A despeito de ser conhecida como um processo executivo, a ação em que se busca a satisfação individual do direito declarado em sentença de ação civil coletiva não é propriamente uma ação de execução típica. As sentenças proferidas no âmbito das ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, por força de expressa disposição do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990, art. 95), são condenatórias genéricas. Nelas não se especifica o valor da condenação nem a identidade dos titulares do direito subjetivo. A carga condenatória, por isso mesmo, é mais limitada do que a que decorre das demais sentenças condenatórias. Sobressai nelas a carga de declaração do dever de indenizar, transferindo-se para a ação de cumprimento a carga cognitiva relacionada com o direito individual de receber a indenização. Assim, a ação de cumprimento não se limita, como nas execuções comuns, à efetivação do pagamento. Nelas se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, se for o caso, o juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material, para somente então se passar aos atos propriamente executivos.

Ora, a regra do art. 1^ª-D da Lei n. 9.494/1997 destina-se às execuções típicas do Código de Processo Civil, não se aplicando à peculiar execução da sentença proferida em ação civil coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos. Trata-se do entendimento dominante nesta Corte (REsp n. 507.864/PR, Primeira Turma, Min. José Delgado, DJ de 09.06.2003; REsp n. 478.258, Segunda Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 19.05.2003) conforme referido na decisão agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 503.490 — RS (2003/0030830-0)**

Relator: Ministro José Delgado

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Carlos Antônio de Araújo e outros

Agravados: Karin Spier e outros

Advogado: Maurício Dal Agnol

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental. Execução fiscal. Honorários advocatícios. Art. 20, § 4^º, do CPC (redação da Lei n. 8.952/1994). Decisão pela corte especial do STJ. Art. 1^ª-D, da Lei n. 9.494/1997 (redação do art. 4^º, da MP n. 2.180-35/2001). Inaplicabilidade. Precedentes.

1. O decisório impugnado entendeu ser cabível verba honorária em execução não embargada.

2. O art. 20, do CPC, não distingue se a sucumbência é apenas relativa à pretensão cognitiva ou se à do processo executivo fiscal por título judicial. Ambas as ações se desenvolvem e são julgadas separadamente e o objeto de uma não se confunde com o da outra. São autônomas. Os patronos das partes realizaram trabalho profissional e a eles não é dado o bel-prazer de laborarem de graça.

3. Devidamente esclarecido que a Corte Especial deste Tribunal, ao julgar o REsp n. 140.403/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 05.04.1999, decidiu que “a nova redação do art. 20, § 4^º, do

Código de Processo Civil deixa indúvidoso o cabimento de honorários de advogado em execução, mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial”. No mesmo sentido a decisão proferida pela Corte Especial nos EREsp n. 217.883/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 18.09.2002, nos quais se decidiu que são devidos os honorários advocatícios na execução fundada em título judicial, embargada ou não, quando devedora a Fazenda Pública.

4. O art. 1º-D, da Lei n. 9.494/1997 (redação do art. 4º, da MP n. 2.180-35/2001), o qual dispõe que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”, não se aplica aos casos ocorridos antes da vigência da referida MP. Inúmeros precedentes.

5. Decisão guerreada tomada com base em forte jurisprudência corrente neste Tribunal, inclusive por intermédio de seu mais alto Colegiado, a Corte Especial, sendo irrelevante se a execução iniciou-se antes ou após a vigência da MP n. 2.180-35/2001.

6. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 24 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

Publicado no DJ de 15.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de agravo regimental interposto pelo INSS contra decisão que deu provimento ao recurso especial interposto pela parte agravada, para fins de condenar o agravante ao pagamento de honorários advocatícios em execução não embargada.

Alega-se, em síntese, que em que pese aos inúmeros precedentes citados pela decisão agravada, eles não se aplicam ao caso em apreço, uma vez que a execução de que tratam os autos iniciou-se após a vigência da MP n. 2.180-35/2001, sendo a mesma perfeitamente aplicável **in casu** e não contraria a jurisprudência pacificada por esta Corte.

Requer, por fim, a reforma da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A decisão atacada não merece reforma, pelo que a mantenho pelos seus próprios fundamentos. A tanto, mister se faz sua transcrição, **litteratim**:

“Vistos, etc.

Cuida-se de recurso especial interposto pela parte epigrafada (art. 105, III, **a** e **c**, da CF/1988) contra v. acórdão segundo o qual “em face do princípio da causalidade, que rege a contemplação da sucumbência, são cabem honorários advocatícios em execução de título judicial contra a Fazenda Pública”.

Aduz-se violação ao art. 20, § 4º, do CPC, além de divergência jurisprudencial, afirmando serem devidos os honorários advocatícios pleiteados, em face da redação da Lei n. 8.952/1994. Relatados, decido.

A matéria em apreço — condenação em honorários advocatícios em sede de execução fiscal por título judicial — encontra-se uniforme e pacífica nesta Corte de Justiça.

Entendimento contrário implicaria ofensa ao art. 20, da Lei Adjetiva Civil, porquanto nesta demanda executiva ter-se instalado o contraditório, desenvolvendo-se o processo, estabelecendo-se verdadeiro litígio e certo é, portanto, que se uma das partes resulta sucumbente, os ônus são devidos.

O art. 20, do CPC, não distingue se a sucumbência é apenas relativa à pretensão cognitiva ou se à do processo executório. Ambas as ações se desenvolvem e são julgadas separadamente e o objeto de uma não se confunde com o da outra. São autônomas. Os patronos das partes realizaram trabalho profissional e a eles não é dado o bel-prazer de laborarem de graça. Confira-se a reiterada jurisprudência a respeito:

“Execução. Honorários de advogado. Art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil com a redação dada pela Lei n. 8.952/1994.

1. A nova redação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil deixa indubitado o cabimento de honorários de advogado em execução, mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 140.403/RS, Corte Especial, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 05.04.1999)

“Processo Civil — Recurso especial — Desapropriação indireta — Execução — Título judicial — Honorários — Cabimento — Artigo 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil — Aplicação — Precedentes.

— A execução, seja ela de título judicial ou extrajudicial, é um processo autônomo, a exigir atividade profissional específica, que deve ser remunerada, tal como ocorre no processo de conhecimento.

— Ademais, o artigo 20, § 4º, do CPC é expresso ao afirmar que “nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas **a**, **b**, e **c**, do parágrafo anterior”.

— No julgamento do EREsp 158.884/RS, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça realizou ampla discussão acerca da matéria e firmou entendimento no sentido de que são cabíveis os honorários sucumbenciais na execução, mesmo que não embargada.

— Recurso especial provido.” (REsp n. 168.297/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 12.11.2001)

“Processual Civil — Execução não embargada — Honorários advocatícios — Cabimento.

— Os honorários de advogado são devidos na execução fundada em título judicial ou extrajudicial, embargada ou não.

— Recurso improvido.” (REsp n. 211.658/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 06.09.1999)

“Processual Civil. Execução por título judicial. Honorários advocatícios. Cabimento.

1. É cabível a condenação em honorários advocatícios na execução por título judicial, ainda que não tenham sido opostos embargos. Precedente da Corte Especial.

2. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 161.478/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 28.06.1999)

“Honorários de advogado. Execução por título judicial. Precedente da Corte.

1. Como assentou a Corte Especial, a “nova redação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil deixa indubitoso o cabimento de honorários de advogado em execução, mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial”.

2. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 177.759/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 24.05.1999)

“Processual Civil. Execução. Honorários advocatícios. Inteligência do art. 20, § 4º, do CPC.

1. Na execução fundada em título judicial são devidos os honorários advocatícios, ainda que não sejam opostos embargos do devedor. Precedente: REsp n. 140.403/RS, Corte Especial.

2. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 190.211/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 17.05.1999)

“Processo Civil. Honorários advocatícios. Execução judicial.

— São devidos honorários advocatícios na execução por título judicial, mesmo que não tenham sido opostos embargos. Art. 20, § 4º, do CPC.

— Precedentes.

— Embargos acolhidos.” (REsp n. 144.719/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Félix Fischer, DJ de 19.04.1999)

“Execução por título judicial. Honorários de advogado. Cabimento.

— Na execução por título judicial, é cabível a fixação de honorários advocatícios, ainda que não embargada. Precedentes da Quarta Turma.

— Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 193.764/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 05.04.1999)

“Execução. Título judicial. Honorários.

— A execução de título judicial constitui processo autônomo, sendo devidos honorários advocatícios, ainda que não tenham sido opostos embargos. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 159.845/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Costa Leite, DJ de 08.02.1999)

No mesmo sentido, as recentes seguintes decisões monocráticas: REsp ns. 413.797/RS e 409.234/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 07.06.2002; REsp n. 420.731/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 24.05.2002; REsp n. 409.139/RS, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 02.05.2002; REsp n. 273.331/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 08.11.2000.

A nova redação do art. 20, § 4º, do CPC, dada pela Lei n. 8.952/1994, não deixa dúvida acerca do cabimento de honorários de advogado em execução, seja ela embargada ou não, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial.

Ademais, em recente decisão (REsp n. 217.883/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 18.09.2002), a egrégia Corte Especial deste Sodalício decidiu que são devidos os honorários advocatícios na execução fundada em título judicial, embargada ou não, quando devedora a Fazenda Pública.

O art. 1º-D, da Lei n. 9.494/1997 (redação do art. 4º, da MP n. 2.180-35/2001), o qual dispõe que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”, não se aplica aos casos ocorridos antes da vigência da referida MP. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“Processo Civil. Honorários advocatícios. Execução fiscal. Fazenda pública. Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Fato superveniente. Impossibilidade de se suscitar em sede extraordinária. Ausência de prequestionamento. Inaplicabilidade do art. 462, do CPC.

1. A fixação dos honorários na execução, ainda que não embargada, decorre da propositura do processo satisfativo. Em consequência, rege essa sucumbência a lei vigente à data da instauração da execução. Por isso, a Medida Provisória n. 2.180/2001 só pode ser aplicável às execuções iniciadas após a sua vigência.

2. Diverso seria o tratamento se a lei surgisse antes da imputação da sucumbência, hipótese em que se aplicaria literalmente o art. 1.211, do CPC.

3. Destarte, em sede de recurso especial, as questões conhecidas de ofício, não podem ser suscitadas pela vez primeira em razão do requisito constitucional do prequestionamento. **A fortiori**, o direito novo não pode ser invocado na instância especial.

4. O direito superveniente a que se refere o art. 462, do CPC, é o direito subjetivo da parte, decorrente de fato, e não o direito objetivo consubstanciado na lei. Este obedece o cânone da irretroatividade. O direito subjetivo adquirido à percepção da verba de sucumbência é inatingível pela lei nova.

5. O direito novo não pode retroagir para atingir o direito adquirido à percepção da verba da sucumbencial, de acordo com a lei vigente à data da concessão dos honorários.

6. Recurso especial conhecido e desprovido.” (REsp n. 432.741/RS, Primeira Turma, DJ de 28.10.2002, Rel. Min. Luiz Fux)

“Processual Civil. Recurso especial. Honorários advocatícios. Fazenda pública. Execução fiscal. Ausência de embargos. Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Fato superveniente. Impossibilidade de se suscitar em sede extraordinária. Ausência de prequestionamento. Inaplicabilidade do art. 462 do CPC.

1. “A nova redação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil deixa indubitado o cabimento de honorários de advogado em execução, mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial” (REsp n. 140.403/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ de 05.04.1999).

2. Entendimento pacificado nesta Corte Superior de que não se impõe, para fixação de honorários na ação executiva, que sejam opostos embargos, consoante interpretação do art. 20, § 4º, da Lei Adjetiva Civil.

3. A fixação dos honorários na execução, ainda que não embargada, decorre da propositura do processo satisfativo. Em consequência, rege essa sucumbência a lei vigente à data da instauração da execução. Por isso, a Medida Provisória n. 2.180/2001 só pode ser aplicável às execuções iniciadas após a sua vigência.

4. Diverso seria o tratamento se a lei surgisse antes da imputação da sucumbência, hipótese em que se aplicaria literalmente o art. 1.211 do CPC.

5. Destarte, em sede de recurso especial, as questões conhecidas de ofício, não podem ser suscitadas pela vez primeira em razão do requisito constitucional do prequestionamento. **A fortiori**, o direito novo não pode ser invocado na instância especial.

6. O direito superveniente a que se refere o art. 462 do CPC, é o direito subjetivo da parte, decorrente de fato, e não o direito objetivo consubstanciado na lei. Este obedece o cânone da irretroatividade. O direito subjetivo adquirido à percepção da verba de sucumbência é inatingível pela lei nova.

7. O direito novo não pode retroagir para atingir o direito adquirido à percepção da verba da sucumbencial, de acordo com a lei vigente à data da concessão dos honorários.

8. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 434.480/RS, Primeira Turma, DJ de 28.10.2002, Rel. Min. Luiz Fux)

“Processual Civil. Recurso especial. Honorários. Execução não embargada. Lei superveniente. MP n. 2.180-35/2001. Aplicação apenas a partir de sua vigência.

1. Tratando-se de norma especial que cria exceção à regra geral e que possui claros efeitos de direito substantivo, na medida em que suprime o crédito de honorários na hipótese que prevê, não prevalece a tese de que se aplica aos casos pendentes de julgamento, mas àqueles que se instalarem na sua vigência.

2. Recurso não conhecido.” (REsp n. 433.299/RS, Sexta Turma, DJ de 21.10.2002, Rel. Min. Fernando Gonçalves)

“Processual Civil. Agravo regimental em recurso especial. Honorários advocatícios em execução não embargada. Fazenda pública. Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Fato superveniente. Não-incidência.

— Embora, em regra, atribua-se às normas de direito processual eficácia imediata, as suas normas da espécie instrumental material não incidem nos processos já iniciados, em respeito ao ideal de segurança jurídica.

— A Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001, que veda a cobrança de honorários advocatícios contra a Fazenda Pública em sede de execução não pode ser aplicada aos processos já em andamento, descabida a teoria do fato superveniente.

— Agravo Regimental desprovido.” (AgRg no REsp n. 439.548/RS, Sexta Turma, DJ de 14.10.2002, Rel. Min. Vicente Leal)

“Processo Civil. Honorários advocatícios. Execução judicial. Cabimento. MP n. 2.180-35/2001. Não-incidência aos processos em curso.

I - São devidos honorários advocatícios na execução por título judicial movida contra a Fazenda Pública, mesmo que não tenham sido opostos embargos. Art. 20, § 4º, do CPC. Precedentes da Corte Especial.

II - Ademais, a Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou o art. 1º-D ao texto da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, por ter natureza de norma instrumental material, com reflexos na esfera jurídico-material das partes, não se aplica aos processos em curso (REsp n. 441.003/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 09.09.2002)

III - Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 440.731/RS, Quinta Turma, DJ de 14.10.2002, Rel. Min. Félix Fischer)

“Agravo regimental — Processual Civil — MP n. 2.180-35/2001 — inaplicabilidade.

1. A lei processual tem aplicação imediata, preservando-se os atos já praticados no processo. Inaplicabilidade da MP n. 2.180-35/2001.

2. Agravo regimental improvido.” (AgRg nos EDcl no REsp n. 414.118/RS, Segunda Turma, DJ de 07.10.2002, Rel. Min. Eliana Calmon)

“Processual Civil. Embargos de declaração. Efeito infringente. Impossibilidade. Requisitos ausentes. Honorários advocatícios em execução. Fazenda pública. Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Fato superveniente. Não-incidência.

— Segundo a moldura do cânon inscrito no art. 535, do CPC, os embargos de declaração consubstanciam instrumento processual destinado a expungir do julgamento obscuridade ou contradições, ou ainda para suprir omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo Tribunal, podendo a eles ser conferido efeito infringente ou modificativo, desde que para suprir os citados defeitos, não podendo ser utilizado para debater matéria nova, não debatida no apelo nobre, tampouco nas instâncias ordinárias.

— Embora, em regra, atribua-se às normas de direito processual eficácia imediata, as suas normas da espécie instrumental material não incidem nos processos já iniciados, em respeito ao ideal de segurança jurídica.

— A Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001, que veda a cobrança de honorários advocatícios contra a Fazenda Pública em sede de execução não pode ser aplicada aos processos já em andamento, descabida a teoria do fato superveniente.

— Embargos rejeitados.” (EDcl no REsp n. 400.373/RS, Sexta Turma, DJ de 07.10.2002, Rel. Min. Vicente Leal)

Assim, pacificado o assunto na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não havendo mais dissídio a respeito, cabe-se prover o especial.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, arbitro-os no percentual mínimo de 10% (dez por cento) sobre o valor executado, nos moldes do art. 20, § 3º, do CPC.

Posto isto, dou provimento ao recurso (art. 557, § 1º, do CPC).”

Com relação à irresignação da parte agravante, não vislumbro qualquer novidade, em seu agravo, modificadora dos fundamentos supra-referenciados. As assertivas desenvolvidas no decisório ora impugnado, ao meu ver, continuam fortes a esbarrar a pretensão da parte agravante.

Restou devidamente esclarecido que a Corte Especial deste Tribunal, ao julgar o REsp n. 140.403/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 05.04.1999, decidiu que “a nova redação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil deixa indubitado o cabimento de honorários de advogado em execução, mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial”. Ademais, em recente decisão (EREsp n. 217.883/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 18.09.2002), a egrégia Corte Especial deste Sodalício decidiu que são devidos os honorários advocatícios na execução fundada em título judicial, embargada ou não, quando devedora a Fazenda Pública.

Consignou-se, ainda, que o art. 1º-D, da Lei n. 9.494/1997 (redação do art. 4º, da MP n. 2.180-35/2001), o qual dispõe que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”, não se aplica aos casos ocorridos antes da vigência da referida MP.

A decisão guerreada foi tomada com base em forte jurisprudência corrente neste Tribunal, inclusive por intermédio de seu mais alto Colegiado, a Corte Especial, sendo irrelevante se a execução iniciou-se antes ou após a vigência da MP n. 2.180-35/2001.

Assim, até que haja um novo pronunciamento em definitivo do colegiado máximo deste Sodalício a respeito do tema, guardo coerência com a posição pacificada.

Diante de tais fundamentos, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 509.016 — RS (2003/0019649-4)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: ACEOP — Associação Catarinense dos Empreiteiros de Obras Públicas

Advogados: Rycharde Farah e outros

Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Claudia Luiza Leonardi Fattah e outros

EMENTA

Tributário. Agravo regimental. Recurso especial. Mandado de segurança. Exclusão da lide. Associados. Ausência de prova pré-constituída. Súmula n. 07/STJ. Artigo 31 da Lei n. 8.212/1991, alterado pela Lei n. 9.711/1998. Cessão de mão-de-obra. Retenção de 11% sobre notas fiscais e faturas. Legalidade.

I - A questão relativa à exclusão da lide de alguns dos associados da impetrante cinge-se à ausência de prova pré-constituída da ameaça de lesão, fator inviabilizador do mandado de segurança, ficando, assim, prejudicada a análise da pretensão, a teor da Súmula n. 07 desta Corte.

II - A Lei n. 9.711/1998, que alterou o artigo 31 da Lei n. 8.212/1991, não criou nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota ou a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

III - A determinação do mencionado artigo configura apenas uma nova sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária. Nesse sentido, o procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal.

IV - Precedentes desta Corte que possibilitam a solução da demanda via decisão monocrática, com esteio no art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil.

V - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provi-

mento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 04 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 20.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto por ACEOP — Associação Catarinense dos Empreiteiros de Obras Públicas, contra decisão que proferi, negando seguimento ao recurso especial, sob o fundamento de que a Lei n. 9.711/1998, que alterou o artigo 31 da Lei n. 8.212/1991, não criou nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota ou a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento, configurando apenas uma nova sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária.

Naquela oportunidade, também entendi que a questão relativa à exclusão da lide de alguns dos associados da impetrante, cinge-se à ausência de prova pré-constituída da ameaça de lesão, fator inviabilizador do mandado de segurança, ficando, assim, prejudicada a análise da pretensão, a teor da Súmula n. 07 desta Corte.

Sustenta a agravante que, ao excluir da lide alguns dos associados da impetrante, o acórdão recorrido inviabilizou o ajuizamento de mandado de segurança preventivo e que essa questão não demanda o reexame de provas, mas apenas a comprovação da situação jurídica em que se enquadram os associados. Alega que as alterações impostas pela Lei n. 9.711/1998 equiparam indevidamente os conceitos civis referentes à “empreitada de mão-de-obra” e à “cessão de mão-de-obra” e que a legislação guerreada elege pessoa estranha, não vinculada ao fato gerador da exação, como responsável tributário ao recolhimento de uma exação devida por outro contribuinte. Pugna, portanto, pela reforma do **decisum**.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Com efeito, é do seguinte teor o **decisum** vergastado, **verbis**:

“Vistos, etc.

Cuida-se de recurso especial interposto por ACEOP — Associação Catarinense dos Empreiteiros de Obras Públicas, com fulcro no artigo 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“ACEOP — Associação Catarinense dos Empreiteiros de Obras Públicas. Legitimidade. Tributário. Retenção de 11%. Art. 31 da Lei n. 8.212/1991. Constitucionalidade.

1. Inexigibilidade de autorização expressa dos substituídos nos casos de mandado de segurança coletivo, consoante jurisprudência do STJ. 2. Não há inconstitucionalidade no art. 31 da Lei n. 8.212, com a redação dada pela Lei n. 9.711/1998, dispondo que o tomador de serviços deve reter 11% sobre o valor das notas fiscais ou faturas das empresas cedentes de mão-de-obra, pois o art. 150, § 7º, da Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a responsabilidade de terceiros pelo recolhimento de contribuições previdenciárias. 3. A definição das empresas sujeitas à retenção encontra-se no art. 31 da Lei n. 8.212, qual seja, empresas cedentes de mão-de-obra, sendo irrelevante a natureza e a forma de contratação dos serviços (empreitada de mão-de-obra, empreitada de obra, etc.), bastando que haja a colocação de segurados que realizem serviços contínuos à disposição do contratante. 4. Segundo o art. 1.237, do Código Civil, no contrato de empreitada está sempre implícito o fornecimento de mão-de-obra pelo empreiteiro” (fl. 265).

Opostos embargos de declaração, foram estes parcialmente acolhidos para fins de prequestionamento (fls. 283/286).

Alega a recorrente violação aos artigos 535, do CPC, 1º, da Lei n. 1.533/1951, 109, 110 e 128, do CTN e 11 da LC n. 95/1998, aduzindo que: o Tribunal **a quo** não analisou as matérias articuladas nos embargos de declaração; ao excluir da lide alguns dos associados da impetrante, a decisão recorrida inviabilizou o ajuizamento de mandado de segurança preventivo; as alterações impostas pela Lei n. 9.711/1998, equiparam indevidamente os conceitos civis referentes à “empreitada de mão-de-obra” e à “cessão de mão-de-obra”; a

legislação guerreada elege pessoa estranha, não vinculada ao fato gerador da exação, como responsável tributário ao recolhimento de uma exação devida por outro contribuinte.

Relatados, decido.

Verifico que a pretensão da recorrente não merece guarida.

(...)

Quanto à exclusão da lide de alguns dos associados da impetrante, verifico que a questão cinge-se à ausência de prova pré-constituída da ameaça de lesão, fator inviabilizador do mandado de segurança. Observo que a natureza excepcional do mandado de segurança exige a prova exclusivamente documental, sendo imprescindível a comprovação de plano e de forma incontroversa, dos fatos alegados na inicial. Desse modo, se terá a prova pré-constituída.

Sobre a necessidade da prova pré-constituída de todas as circunstâncias fáticas relevantes do processo, cito os seguintes julgados: REsp n. 241.674/SC, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 02.05.2000, p. 115; ROMS n. 10.352/RJ, minha relatoria, DJ de 21.02.2000, p. 90; REsp n. 171.067/PE, Rel. Min. José Delgado, DJ de 1^a.03.1999, p. 235; REsp n. 115.320/DF, Rel. Min. Helio Mosimann, DJ de 22.09.1997, p. 46.405 e REsp n. 93.849/RN, DJ de 05.05.1997, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, p. 17.023, entre outros.

O v. acórdão recorrido noticia que:

“O Juízo **a quo** excluiu da lide alguns substituídos, por ilegitimidade da autoridade coatora, porquanto seus domicílios não são abarcados pela área de atribuição das autoridades impetradas.

O impetrante apela, alegando que as empresas excluídas prestam serviços em Santa Catarina, muitas delas através de filiais, sofrendo, portanto, a conseqüência dos atos apontados como ilegais das autoridades apresentadas como coadoras. No entanto, não foi providenciada a juntada aos autos de documentos comprobatórios, restando ausente prova pré-constituída das alegações da impetrante, o que é indispensável em sede de mandado de segurança.

Conforme pacificado na jurisprudência, é incabível a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada” (fl. 261).

Nesse sentido, verifico que o v. acórdão hostilizado baseou-se na ausência de prova pré-constituída das alegações da impetrante, ficando, assim, prejudicada a análise da pretensão, a teor da Súmula n. 07 desta Corte.

Com relação ao mérito, também não merece prosperar o presente recurso. A Lei n. 9.711/1998, que alterou o artigo 31 da Lei n. 8.212/1991, não criou nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota ou a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

A determinação do mencionado artigo configura apenas uma nova sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária. Nesse sentido, o procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal.

Sobre o assunto, destaco os seguintes julgados, **verbis**:

“Agravo regimental. Tributário. Contribuição previdenciária. Art. 11 da Lei n. 8.212/1991. Retenção de 11% sobre faturamento. Empresa prestadora de serviço.

1. A Lei n. 9.711/1998, que alterou o art. 31, da Lei n. 8.212/1991 não instituiu nova contribuição, apenas atribuiu ao sujeito passivo da relação jurídica tributária (o contratante de serviços mediante cessão de mão-de-obra), a responsabilidade pelo recolhimento de parte da exação.

2. Precedentes da Primeira Seção.

3. Agravo regimental provido” (AgRg no REsp n. 433.799/SP Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 05.05.2003).

“Previdenciário — Contribuição — Empresas prestadoras de serviço — Lei n. 9.711/1998.

1. Nova redação do art. 31 da Lei n. 8.212/1991 pela Lei n. 9.711/1998, não alterou a fonte de custeio, nem elegeu novo contribuinte.

2. A alteração foi apenas da sistemática de recolhimento, continuando a contribuição previdenciária a ser calculada pela folha de salário, tendo como contribuinte de direito a empresa prestadora do serviço de mão-de-obra.

3. A nova sistemática impôs ao contribuinte de fato a responsabilidade pela retenção de parte da contribuição, para futura compensação, quando do cálculo do devido.

4. Sistemática que se harmoniza com o disposto no art. 128 do CTN.

5. Recurso especial provido” (REsp n. 433.814/SP Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 19.12.2002).

“Tributário. Recurso especial. Contribuição previdenciária. Empresa prestadora de serviço. Retenção de 11% sobre faturas. Art. 31, da Lei n. 8.212/1991, com a redação da Lei n. 9.711/1998. Nova sistemática de arrecadação mais complexa, sem afetação das bases legais da entidade tributária material da exação.

1. A Lei n. 9.711, de 20.11.1999, que alterou o art. 31 da Lei n. 8.212/1991, não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota, nem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

2. A determinação do mencionado artigo 31 configura, apenas, uma técnica de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária.

3. O procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal, haja vista que, apenas, obriga a empresa contratante de serviços a reter da empresa contratada, em benefício da previdência social, o percentual de 11% sobre o valor dos serviços constantes da nota fiscal ou fatura, a título de contribuição previdenciária, em face dos encargos de lei decorrentes da contratação de pessoal.

4. A prestadora dos serviços, isto é, a empresa contratada, que sofreu a retenção, procede, no mês de competência, a uma simples operação aritmética: de posse do valor devido a título de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de pagamento, diminuirá deste valor o que foi retido pela tomadora de serviços; se o valor devido a título de contribuição previdenciária for menor, recolhe, ao GRPS, o montante devedor respectivo, se o valor retido for maior do que o devido, no mês de competência, requererá a restituição do seu saldo credor.

5. O que a lei criou foi, apenas, uma nova sistemática de arrecadação, embora mais complexa para o contribuinte, porém, sem afetar as bases legais da entidade tributária material da contribuição previdenciária.

6. Recurso não provido” (REsp n. 410.355/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 13.05.2002).

Tais as razões expendidas, com esteio no artigo 557, **caput**, do Código de Processo Civil, c.c. o artigo 34, XVIII, do RISTJ e o artigo 38 da Lei n. 8.038/1990, nego seguimento ao recurso especial”.

O posicionamento plasmado na decisão agravada encontra respaldo em diversos julgados desta Corte Superior, alguns dos quais colaciono a seguir, **litteris**:

“Previdenciário — Contribuição — Empresas prestadoras de serviço — Lei n. 9.711/1998.

1. Nova redação do art. 31 da Lei n. 8.212/1991 pela Lei n. 9.711/1998, não alterou a fonte de custeio, nem elegeu novo contribuinte.

2. A alteração foi apenas da sistemática de recolhimento, continuando a contribuição previdenciária a ser calculada pela folha de salário, tendo como contribuinte de direito a empresa prestadora do serviço de mão-de-obra.

3. A nova sistemática impôs ao contribuinte de fato a responsabilidade pela retenção de parte da contribuição, para futura compensação, quando do cálculo do devido.

4. Sistemática que se harmoniza com o disposto no art. 128 do CTN.

5. Recurso especial improvido” (REsp n. 437.359/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 16.09.2002).

“Processual Civil. Agravo regimental. Matéria de cunho constitucional examinada no tribunal **a quo**. Impossibilidade de apreciação do apelo excepcional.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial intentado pela parte agravante.

2. Acórdão **a quo** segundo o qual é constitucional a sistemática de recolhimento instituída pelo art. 31, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.711/1998.

3. Não se conhece de recurso especial quando a decisão atacada, via recurso especial, basiliou-se, também, como fundamento central, em matéria de cunho eminentemente constitucional.

4. No caso, o acórdão recorrido discutiu, como ponto de apoio à sua convicção, a aplicabilidade dos arts. 154, I, e 195, I, **a**, da Carta Magna de 1988, considerando constitucional a sistemática de recolhimento instituída pelo art. 31, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.711/1998. A matéria cogitada como vilipendiada é de cunho predominante e meramente constitucional, competindo, apenas, ao augusto STF o seu exame.

5. Pronunciamento recente da Primeira Turma desta Corte Superior sobre a matéria de fundo (REsps ns. 415.716/MG e 410.355/MG), tendo entendido o Colegiado que a Lei n. 9.711, de 20.11.1999, que alterou o art. 31, da Lei

n. 8.212/1991, não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota, nem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento, sendo devida, portanto, a retenção do percentual de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

6. *Agravo regimental não provido*” (AgRg no REsp n. 412.300/PR, Relator Ministro José Delgado, DJ de 17.06.2002).

Este é o posicionamento reiterado no âmbito deste Colendo Tribunal Superior, sendo, pois, perfeitamente possível a aplicação do art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil, para se resolver a demanda via decisão monocrática.

Ante o exposto, nego provimento ao presente agravo regimental.

É o voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 15.124 — SC (2002/0087050-6)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Relator p/ o acórdão: Ministro José Delgado

Recorrente: Delta Distribuidora de Petróleo Ltda

Advogado: Marco Antônio Póvoa Sposito

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Loreno Weissheimer e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Indicação errônea da autoridade coatora. Extinção do feito.

1. No mandado de segurança, a autoridade tida por coatora é aquela que pratica concretamente o ato lesivo impugnado.

2. Precedentes desta Corte e do colendo STF no sentido de que a errônea indicação da autoridade coatora pelo impetrante impede que o Juiz, agindo de ofício, venha a substituí-la por outra, alterando, assim, os sujeitos que compõem a relação processual.

3. Verificando-se a ilegitimidade passiva **ad causam** da autoridade apontada como coatora, impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, pela ausência de uma das condições da ação.

4. Recurso a que se nega provimento, para confirmar a extinção do processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, renovando-se o julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Humberto Gomes de Barros, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro José Delgado, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro José Delgado os Srs. Ministros Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 10 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator p/ o acórdão

Publica no DJ de 22.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Delta Distribuidora de Combustíveis Ltda impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina, sob o argumento de que a autoridade apontada como coatora estaria dificultando sua atividade empresarial ao determinar a apreensão de caminhões de sua propriedade, bem como a inclusão da impetrante no regime especial de recolhimento do ICMS, sujeitando-a ao mesmo por ocasião da saída da mercadoria — combustível — de seu estabelecimento.

Distribuído o **mandamus**, o Relator Desembargador Wilson Augusto do Nascimento deferiu a liminar requerida, determinando que a autoridade coatora se abstivesse de praticar ato de apreensão de mercadorias ou caminhão da impetrante, bem como de exigir o pagamento antecipado do ICMS, até pronunciamento definitivo do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Notificada a autoridade apontada como coatora para prestar as informações, esclareceu as razões do ato impugnado e requereu a denegação da ordem (fls. 264/288).

Prestadas as informações, o Relator extinguiu o mandado de segurança, com fulcro no artigo 267, VI, do CPC, ante a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora (fls. 851/852).

A impetrante interpôs agravo regimental ao qual foi negado provimento, consoante ementa, **in verbis**:

“Agravo regimental. Mandado de segurança. Indeferimento liminar. Ilegitimidade passiva **ad causam** do Secretário de Estado da Fazenda. Ato praticado pelo gerente de substituição tributária.

Tendo sido o ato apontado como coator expedido pelo Sr. Gerente de Substituição Tributária, é indubitável a ilegitimidade do Excelentíssimo Secretário de Estado da Fazenda, para ocupar o pólo passivo do presente *writ*, uma vez que não se vislumbra a sua participação no ato reputado lesivo, sob pena de indevida modificação de competência para conhecer originariamente do **mandamus**” (fl. 908).

Irresignada a recorrente interpõe o presente recurso ordinário, com fulcro no artigo 105, II, alínea **b**, da Constituição Federal, pugnando pela reforma do v. acórdão hostilizado.

Sustenta a recorrente, em síntese, que a autoridade impetrada, ao prestar suas informações, refutou o mérito da impetração, encampando o ato da autoridade de inferior hierarquia, razão pela qual entende superada a questão da ilegitimidade para responder os termos do presente **mandamus**.

Em resposta ao recurso, o Estado de Santa Catarina aduz que: a) Restou demonstrado dos autos, de forma incontroversa, que o ato inquinado como ilegal, qual seja, o Ato Declaratório n. 001/2001-GESUT, de 5 de outubro de 2000, foi efetivamente praticado pelo Gerente de Substituição Tributária e não pela autoridade impetrada; b) a substituição da autoridade apontada como coatora importaria em modificar a competência e prejuízo para a defesa, uma vez que a autoridade que não praticou o ato, embora tenha feito a sua defesa genérica, não tinha como defendê-lo.

O recurso foi admitido na origem (fl. 965).

A douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer de fls. 970/972, opina pelo desprovimento do recurso ordinário, sob o fundamento de que a autoridade coatora é quem ordena a prática do ato impugnado ou se omite em praticá-lo, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução, sendo certo que, **in casu**, o **mandamus** deveria ter sido dirigido contra o Gerente de Substituição Tributária e não contra o Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina.

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

Processual Civil. Mandado de segurança. Indicação errônea do impetrado. Ilegitimidade passiva **ad causam**. Deficiência sanável. Princípios da efetividade e economia processual.

1. A essência constitucional do mandado de segurança, como singular garantia, admite que o juiz, nas hipóteses de indicação errônea da autoridade impetrada, permita sua correção através de emenda à inicial ou, se não restar configurado erro grosseiro, proceder a pequenas correções de ofício, a fim de que o *writ* cumpra efetivamente seu escopo maior.

2. “Não viola os artigos 1º e 6º da Lei n. 1.533/1951 a decisão que, reconhecendo a incompetência do tribunal, em razão da errônea indicação da autoridade coatora, determina a remessa dos autos ao juízo competente, ao invés de proclamar o impetrante carecedor da ação mandamental.” REsp n. 34.317/PR.

3. Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Conseqüentemente, o Juiz ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito.

4. A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade **ad causam** passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação.

5. Deveras, a estrutura complexa dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora, revelando, **a priori**, aparência de propositura correta.

6. Teoria da encampação. A autoridade que encampa e sustenta as razões do ato impugnado, sana todo e qualquer vício de sua suposta ilegitimidade. Precedentes do STJ.

7. Recurso ordinário provido.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Conheço do presente recurso, posto que satisfeitos os requisitos de admissibilidade.

Examinando o acórdão recorrido, verifica-se que o *writ* que deu ensejo ao presente recurso ordinário tinha por escopo atacar ato do Gerente de Substituição Tributária do Estado de Santa Catarina, consistente na expedição do Ato Declaratório n. 001/2001-GESUT, de 5 de outubro de 2000. Todavia, o **mandamus** foi impetrado contra o Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina.

In casu, a despeito de o Secretário de Estado da Fazenda de Santa Catarina ter prestado as informações pertinentes, o Tribunal **a quo** extinguiu o processo sem julgamento do mérito, sob o fundamento de ilegitimidade passiva **ad causam** da autoridade coatora, ante a sua errônea indicação.

Sob esse ângulo, imperioso consignar que se admite ao Juiz determinar a emenda à inicial, aproveitando o ato processual válido, bem como empreender pequenas correções de ofício, na hipótese de equívoco na denominação da autoridade coatora, como v.g.: quando apontado como coator um diretor ao invés do superintendente.

Destarte, *em se tratando de uma ação civil de rito sumário especial, conforme conceitua Hely Lopes Meireles, deve ser considerada a categoria e relevância processual do mandado de segurança, a fim de permitir ao Juiz a citada correção, a uma: porque a ação mandamental é instrumento constitucional de proteção dos direitos e garantias individuais, não subsumindo-se, por isso, a lei infraconstitucional; a duas: porque a estrutura dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, ante a sua complexidade, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora; a três: em atenção aos princípios da efetividade e economia processual, que devem sempre nortear a atividade jurisdicional.*

Sobre o tema, elucidativo texto de **Antônio César Bochenek**, in “Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois”, São Paulo:RT, 2002. pp. 71/73:

Vislumbra-se, que em se tratando de legitimidade das partes e, por conseguinte, de condição da ação e logo matéria de ordem pública, melhor entendimento é que o juiz tenha a possibilidade da correção de ofício da indicação errônea, sobretudo para evitar que o autor tenha de entrar novamente com o instituto constitucional simplesmente para corrigir algo que, desde o início, já poderia ter sido corrigido.

(...)

Quanto à natureza do mandado de segurança, algumas linhas já foram

esboçadas, resumindo-se, apenas, a questão de ser ação com rito especial e de natureza cível-constitucional. Logo, ressalta-se a importância da celeridade do mandado de segurança, que, não sendo apreciado com a devida rapidez, tendo prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo **habeas corpus** e **habeas data**, conforme estabelece a lei, perde sua função no ordenamento jurídico, ou seja, isso demonstra que o autor que litiga de boa-fé, ao se utilizar do mandado de segurança, tem em mente a prestação jurisdicional sem demora, evidentemente dentro dos casos em que a lei permite que seja cabível tal instituto, visto que, na maioria das vezes, aqueles que se utilizam do mandado de segurança o fazem porque estão na iminência de serem lesados ou já o foram.(...)”

*Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como das garantias individuais perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Conseqüentemente o Juiz ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito. Aliás, em recente julgado frisamos a distinção entre autoridade coatora e **legitimatío passiva ad causam**, para afirmar que, somente esta última é enfocada ao ângulo das condições da ação.*

Assim, não configurado erro grosseiro na indicação, é lícito ao Juiz correções de ofício, a fim de que o mandado de segurança — enérgico instrumento constitucional de proteção aos direitos fundamentais — cumpra efetivamente seu desígnio.

In casu, o ato imputado como lesivo foi praticado pelo Gerente de Substituição Tributária, que expediu o Ato Declaratório n. 001/2001-GESUT, de 05 de outubro de 2000. Todavia, o **mandamus** foi impetrado contra o Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina, que respondeu ao **mandamus**, encampando, assim, o ato impugnado.

Nesse particular, o egrégio STJ tem prestigiado a denominada Teoria da Encampação, consoante julgados recentes, **in verbis**:

“Processual Civil. Mandado de segurança. Autoridade impetrada. Indicação de legitimação do inferior hierárquico. Ataque ao ato. Legitimidade passiva **ad causam**. Precedentes. Impossibilidade da **reformatio in pejus**.

1. Recurso especial interposto contra v. acórdão segundo o qual, “estando o ato coator corretamente apontado e surgindo dúvida quanto à sua autoria que só foi esclarecida com as informações, não é o caso de extinção do processo, mas de correção do pólo passivo”.

2. *Pacificou-se de forma contundente nesta Corte Superior o entendimento de que se a autoridade, indicada como coatora, em suas informações, encampa o ato atacado na impetração, praticado por autoridade de hierarquia inferior, a ela subordinado, e contesta o mérito da impetração, embora não o tenha praticado, passa a ter legitimidade para a causa, com o conseqüente deslocamento da competência. Inaplicabilidade do art. 267, VI do Código de Processo Civil. (Grifo nosso)*

3. Precedentes das egrégias Primeira e Terceira Seções, e Primeira, Segunda, Quinta e Sexta Turmas desta Corte Superior.

4. É o caso dos autos. No entanto, evitando-se a **reformatio in pejus**, visto que o recorrente deveria assumir o pólo passivo da ação, deve ser cumprido o acórdão recorrido, a fim de que os autos retornem ao Juízo de Primeiro Grau e se efetive a substituição da autoridade coatora, como determinado na decisão recorrida.

5. Recurso especial não provido.” (REsp n. 457.674 / MT Relator Ministro José Delgado, DJ de 09.12.2002)

“Processo Civil e Administrativo — Mandado de segurança — Autoridade coatora.

1. É competente para responder pelo ato impugnado o agente que pratica o ato.

2. *O STJ aceita a teoria da encampação, entendendo que se torna parte legítima aquele que, sem estar legitimado, em princípio, acaba por encampar o ato da autoridade que lhe é subordinada. (Grifo nosso)*

3. Hipótese fática que coloca o prefeito municipal inteiramente fora da cadeia competencial para agir, havendo ainda autoridade recursal não acionada.

4. Ilegitimidade passiva que leva à mudança do foro.

5. Recurso ordinário improvido, ficando cassada a tutela acautelatória.” (ROMS n. 15.040/SP, Relatora Min. Eliana Calmon, DJ de 02.12.2002)

Ademais, considerando o novel entendimento doutrinário e jurisprudencial, ainda que se tratasse de autoridade ilegítima, o juiz poderia mandar notificar a autoridade legitimada para integrar a lide. Nesse sentido a lição do jurista **Hely Lopes Meirelles**.

“Muito se tem discutido — e os tribunais ainda hesitam — se a errônea indicação da autoridade coatora conduz à carência da impetração ou admite correção para o prosseguimento do mandado contra o verdadeiro coator. Sus-

tentamos que o juiz pode — e deve — determinar a notificação da autoridade certa, como medida de economia processual, e, sendo incompetente, remeter o processo ao juízo competente (CPC, art. 113, § 2^o). Isso porque a complexa estrutura dos órgãos administrativos nem sempre possibilita ao impetrante identificar com precisão o agente coator, principalmente nas repartições fazendárias que estabelecem imposições aos contribuintes por chefias e autoridades diversas.”

Com efeito, assim também preconizam alguns julgados do STJ:

“Mandado de segurança. Processual Civil. Tributário. Álcool etílico hidratado combustível. Subsídio. Repasse aos Estados-Membros e Distrito Federal. CF, art. 105, II, **b**. Portaria n. 246/1997. Ministério de Minas e Energia. Convênio ICMS n. 34/1997.

1. Excluído da relação processual o Ministro de Minas e Energia, incompetente o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, **b**, CF), imana forte a competência do Juízo Federal para apreciar e julgar o **mandamus** contra ato do Diretor do DNC.

2. Declinação de competência para o Juízo Federal — Seção Judiciária do Distrito Federal.” (MS n. 5.739/DF, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, publicado no DJ de 05.06.2000)

“Mandado de segurança. Contribuição previdenciária. Lei n. 9.783/1999. Servidora pública inativa. Ilegitimidade passiva de Ministro de Estado. Não-comprovação de ato concreto para qualificá-lo como autoridade coatora. Processo julgado extinto sem exame do mérito, em relação ao Ministro de Estado. Declinação da competência. Remessa à justiça federal de 1^a instância, por remanescente outra autoridade federal qualificada como coatora. Liminar mantida.

1. Ilegitimidade passiva de Ministro de Estado, porquanto não comprovado ato concreto por ele praticado, para qualificá-lo como autoridade coatora.

2. Julgado extinto o *writ*, sem exame do mérito, com fulcro no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, em relação ao Ministro de Estado, em face à sua ilegitimidade passiva.

3. Excluído o Ministro de Estado da Defesa da relação processual, e remanescendo autoridade federal jurisdicionada ao juízo de primeiro grau, a remessa dos autos à Justiça Federal de primeira instância é de rigor.

4. Liminar mantida. Decisão unânime.” (MS n. 6.406/SP, Relator Min. Franciulli Netto, DJ de 05.06.2000)

Processual. Mandado de segurança. Portaria n. 246/1967. Impossibilidade.

A Portaria n. 246/1967, baixada pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado de Minas e Energia é norma de caráter abstrato, sem efeitos concretos, insuscetível de ser atacada por mandado de segurança (Súmula n. 266 do STF). Exclusão do Senhor Ministro de Estado.

Remessa dos autos ao Juízo Federal competente.” (MS n. 5.695/DF, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 03.11.1998)

Processual Civil — Mandado de segurança — Autoridade coatora — Errônea indicação — Remessa dos autos ao juiz competente.

Não viola os artigos 1^a e 6^a da Lei n. 1.533/1951 a decisão que, reconhecendo a incompetência do tribunal, em razão da errônea indicação da autoridade coatora, determina a remessa dos autos ao juízo competente, ao invés de proclamar o impetrante carecedor da ação mandamental.

Recurso improvido.” (REsp n. 34.317/PR, Relator Ministro Garcia Vieira, publicado no DJ de 13.09.1993)

Aderindo à corrente do pensamento jurídico que admite ao impetrante emendar a inicial do **mandamus** a fim de sanar ilegitimidade **passiva ad causam**, dou provimento ao recurso ordinário, reformando-se a decisão recorrida.

É o voto.

VOTO-VISTA (Vencido)

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, leio o relatório de V. Exa.:

“O mandado de segurança contra ato do Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina, sob o argumento de que a autoridade apontada como coatora estaria dificultando sua atividade empresarial ao determinar a apreensão de caminhões de sua propriedade, bem como a inclusão da impetrante no regime especial de recolhimento do ICMS, sujeitando-a ao recolhimento do ICMS por ocasião da saída da mercadoria — combustível — de seu estabelecimento.

Distribuído o **mandamus**, o Relator Desembargador Wilson Augusto do Nascimento deferiu a liminar requerida, determinando que a autoridade coatora se abstinhasse de praticar ato de apreensão de mercadorias ou caminhão da impetrante, bem como de exigir o pagamento antecipado do ICMS, até pronunciamento definitivo do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Notificada a autoridade apontada como coatora para prestar as informações, esclareceu as razões do ato impugnado e requereu a denegação da ordem (fls. 264/288).

O Relator, após prestadas as informações, extinguiu o mandado de segurança, com fulcro no artigo 267, VI, do CPC, ante a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora (fls. 851/852).

A impetrante interpôs agravo regimental ao qual foi negado provimento, consoante ementa, **in verbis**:

“Agravo regimental. Mandado de segurança. Indeferimento liminar. Ilegitimidade passiva **ad causam** do Secretário de Estado da Fazenda. Ato praticado pelo Gerente de Substituição Tributária.

Tendo sido o ato apontado como coator expedido pelo Sr. Gerente de Substituição Tributária, é indubitável a ilegitimidade do Excelentíssimo Secretário de Estado da Fazenda, para ocupar o pólo passivo do presente *writ*, uma vez que não se vislumbra a sua participação no ato reputado lesivo, sob pena de indevida modificação de competência para conhecer originariamente do **mandamus**” (fl. 908).

Irresignada a recorrente interpõe o presente recurso ordinário, com fulcro no artigo 105, II, alínea **b**, da Constituição Federal, pugnando pela reforma do v. acórdão hostilizado.

Sustenta a recorrente, em síntese, que a autoridade impetrada, ao prestar suas informações, refutou o mérito da impetração, encampando o ato da autoridade de inferior hierarquia, razão pela qual entende superada a questão da ilegitimidade para responder os termos do presente **mandamus**.

Em resposta ao recurso, o Estado de Santa Catarina aduz que: a) Restou demonstrado dos autos, de forma incontroversa, que o ato inquinado como ilegal, qual seja, o Ato Declaratório n. 001/2001-GESUT, de 05 de outubro de 2000, foi efetivamente praticado pelo Gerente de Substituição Tributária e não pela autoridade impetrada; b) a substituição da autoridade apontada como coatora importaria em modificar a competência e prejuízo para a defesa, uma vez que a autoridade que não praticou o ato, embora tenha feito a sua defesa genérica, não tinha como defendê-lo.

O recurso foi admitido na origem (fl. 965).

A douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer de fls. 970/972, opina pelo desprovemento do recurso ordinário, sob o fundamento de que a autoridade coatora é quem ordena a prática do ato impugnado ou se omite”.

Em bela exposição oral, resumo do seu voto, V. Exa. sustentou que o mandado de segurança é requerido não contra uma determinada autoridade, e, sim, contra o Estado. Ora, se constatado que se imputou a prática do ato a outra autoridade que, tecnicamente, não é a coatora e se essa autoridade está fora da competência do Tribunal, é mais prático, razoável e até técnico que, em vez de denegar a segurança, extinguindo o processo, simplesmente a Corte decline da competência para aquele órgão que tem competência originária em relação àquela efetiva autoridade coatora.

Pedi vista dos autos, porque simpatizei muito com a proposta de V. Exa. e entendo que é correta. Em verdade, o mandado de segurança é interposto contra o Estado, contra necessariamente a Administração, e valeria a pena mudarmos de rumo. Mas, neste caso, encontro outro fundamento: o próprio Estado, na sua resposta, reconhece que o Secretário defendeu o ato.

Em oportunidade recente, conhecemos do mandado de segurança impetrado contra ato de Ministro, que, embora não tenha sido originariamente de Ministro, foi encampado integralmente por ele. Neste caso, o Secretário de Estado encampou o ato.

Por isso, acompanho o voto de V. Exa., dando provimento ao recurso e acrescentando, também, esse fundamento.

VOTO-VISTA (Vencedor)

O Sr. Ministro José Delgado: O Recorrente impetrou mandado de segurança apontando como coação que lhe está sendo impingida o Ato Declaratório n. 001/2001, GESUT, emanado do Gerente de Substituição Tributária e Comércio Exterior da Secretaria do Estado de Santa Catarina, que o obriga ao recolhimento do ICMS em regime de substituição tributária (doc. de fl. 31).

Na petição inicial apontou como autoridade coatora o Secretário da Fazenda do Estado de Santa Catarina, sem fazer qualquer menção de que a pretendida declaração de ilegalidade do ato que considera violador do seu direito líquido e certo tenha emanado do autor do referido ato declaratório.

A autoridade apontada, inicialmente, como coatora, em preliminar, suscitou ser parte ilegítima para integrar a relação jurídico-processual, afirmando (fls. 269/270):

“Como demonstrado, o Secretário de Estado da Fazenda é parte ilegítima, pois não há a demonstração de prática de nenhum ato reputado de ilegal.

A instauração do Regime Especial de Apuração e Recolhimento do ICMS, está dentre as atribuições do Gerente de Substituição Tributária.

Diante do exposto, a autoridade que praticou o ato indigitado de ilegal não detém foro privilegiado, sendo que a competência originária para processar e julgar o ato reputado de ilegal é da Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital e não desse colendo Tribunal de Justiça, merecendo, assim, a revogação da liminar deferida e a extinção do feito sem o julgamento do mérito.”

O egrégio Tribunal, em sede de agravo regimental, reconheceu a ilegitimidade da autoridade administrativa com base nos seguintes fundamentos (fls. 909/911):

“O *writ* foi impetrado contra o Exmo. Sr. Secretário de Estado da Fazenda, objetivando o reconhecimento da ilegalidade da apreensão de mercadorias como forma de coação para pagamento de tributos e a ilegalidade da inclusão da empresa impetrante em Regime Especial de pagamento de ICMS.

Segundo se infere dos autos, o Ato Declaratório n. 001/2001 — GESUT, de 05 de outubro de 2000, reputado como coator, foi, na verdade, editado pelo Senhor Gerente de Substituição Tributária e não pelo Secretário da Fazenda estadual (fls. 30/31).

Desta forma, em se considerando que a impetração se deu em função de a autoridade não considerar suspensa a exigibilidade do crédito, é indubitável a ilegitimidade do Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Fazenda para ocupar o pólo passivo do presente *writ*, uma vez que não se vislumbra a sua participação no ato reputado lesivo.

De acordo com **Hely Lopes Meirelles**:

‘Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, e responde pelas suas consequências administrativas: executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. *Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que científica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe de serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão*”. (Em: “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**”, 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 33, grifo nosso).

É verdade que esta Corte tem decidido que “o princípio da instrumentalidade do processo recomenda menos rigor no exame da ilegitimidade passiva da autoridade coatora no mandado de segurança, para que não se fruste a celeridade que, dada a natureza da causa e por força de lei, deve ser imprimida ao processo” (Mandado de Segurança n. 97.004457-7, da Capital, Relator: Desembargador Newton Trisotto). Todavia, esse entendimento tem se firmado apenas nas hipóteses em que “a indicação duvidosa da autoridade coatora (...) não modifica a competência nem prejudica a defesa através das informações” (JB 113/209).

Indubitavelmente, não é o caso em tela, uma vez que a indicação errônea da autoridade coatora, no presente caso, deslocou a competência do Primeiro para o Segundo Grau de Jurisdição, tendo em vista que o Secretário de Estado tem foro privilegiado. Logo, não se trata de um mero rigor processual, mas sim, de impedir que a parte escolha aleatoriamente a autoridade contra a qual pretende se insurgir, ocasionando, com isso, a modificação da competência originária para conhecer do processo.

Colhe-se da Jurisprudência deste egrégio Tribunal:

‘Mandado de segurança. Impetração contra autoridade que não dispõe de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. Falta, ademais, de prova de que tenha praticado o ato acoimado de ilegal. Ilegitimidade passiva **ad causam** reconhecida. Extinção da ação mandamental.

‘Coatora é a autoridade que ordena, concreta e especificamente, a execução ou inexecução do ato impugnado e dispõe de competência e poderes para corrigir a sua ilegalidade. Não havendo prova de que o impetrado tenha praticado o ato impugnado e resultando como certo que não dispõe de poderes e meios para corrigir a ilegalidade dele decorrente, julga-se extinto o **mandamus** sem apreciação do mérito, pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva **ad causam**.’ (MS n. 2.850, da Capital. Rel. Des. Gaspar Rubik, j. 10.06.1991).

‘Os Coordenadores Regionais da Fazenda Estadual, que arrecadam tributos, expedem notificações fiscais aos contribuintes e lhes aplicam penalidades tributárias, têm competência para, na condição de autoridades impetradas, figurarem no pólo passivo da relação jurídica processual, que se instaura em razão da impetração do remédio heróico’ (JC - 69/72).

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.”

O eminente Ministro Luiz Fux, Relator, afastou a referida ilegitimidade, argumentando (fls. 5/8):

“Outrossim, imperioso consignar os que admitem ao Juiz determinar a emenda à inicial, aproveitando o ato processual válido, bem como empreender pequenas correções de ofício, na hipótese de equívoco na denominação da autoridade coatora, como v.g.: quando apontado como coator um diretor ao invés do superintendente.

Destarte, em se tratando de uma ação civil de rito sumário especial, conforme conceitua **Hely Lopes Meirelles**, deve ser considerada a categoria e relevância processual do mandado de segurança, a fim de permitir ao Juiz a citada correção, a uma: porque a ação mandamental é instrumento constitucional de proteção dos direitos e garantias individuais, não subsumindo-se, por isso, a lei infraconstitucional; a duas: porque a estrutura dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, ante a sua complexidade, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora; a três: em atenção aos princípios da efetividade e economia processual, que devem sempre nortear a atividade jurisdicional.

Sobre o tema, elucidativo texto de **Antônio César Bochenek**, in “Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois”, São Paulo: RT, 2002. pp. 71/73:

Vislumbra-se, que em se tratando de legitimidade das partes e, por conseguinte, de condição da ação e logo matéria de ordem pública, melhor entendimento é que o juiz tenha a possibilidade da correção de ofício da indicação errônea, sobretudo para evitar que o autor tenha de entrar novamente com o instituto constitucional simplesmente para corrigir algo que, desde o início, já poderia ter sido corrigido.

(...)

Quanto à natureza do mandado de segurança, algumas linhas já foram esboçadas, resumindo-se, apenas, a questão de ser ação com rito especial e de natureza cível-constitucional. Logo, ressalta-se a importância da celeridade do mandado de segurança, que, não sendo apreciado com a devida rapidez, tendo prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo **habeas corpus** e **habeas data**, conforme estabelece a lei, perde sua função no ordenamento jurídico, ou seja, isso demonstra que o autor que litiga de boa-fé, ao se utilizar do mandado de segurança, tem em mente a prestação jurisdicional sem demora, evidentemente dentro dos casos em que a lei permite que seja cabível tal instituto, visto que, na maioria

das vezes, aqueles que se utilizam do mandado de segurança o fazem porque estão na iminência de serem lesados ou já o foram.(...)”

Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como das garantias individuais perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Conseqüentemente o Juiz ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito. Aliás, em recente julgado frisamos a distinção entre autoridade coatora e **legitimatío pas-siva ad causam**, para afirmar que, somente esta última é enfocada ao ângulo das condições da ação.

Assim, não configurado erro grosseiro na indicação, é lícito ao Juiz correções de ofício, a fim de que o mandado de segurança — enérgico instrumento constitucional de proteção aos direitos fundamentais — cumpra efetivamente seu desígnio.

In casu, o ato imputado como lesivo foi praticado pelo Gerente de Substituição Tributária, que expediu o Ato Declaratório n. 001/2001-GESUT, de 05 de outubro de 2000. Todavia, o **mandamus** foi impetrado contra o Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina, que respondeu ao **mandamus**, encampando, assim, o ato impugnado.

Ademais, considerando o novel entendimento doutrinário e jurisprudencial, ainda que se tratasse de autoridade ilegítima, o juiz poderia mandar notificar a autoridade legitimada para integrar a lide, conforme entendimento do ilustre jurista **Hely Lopes Meirelles**.

‘Muito se tem discutido — e os tribunais ainda hesitam — se a errônea indicação da autoridade coatora conduz à carência da impetração ou admite correção para o prosseguimento do mandado contra o verdadeiro coator. Sustentamos que o juiz pode — e deve — determinar a notificação da autoridade certa, como medida de economia processual, e, sendo incompetente, remeter o processo ao juízo competente (CPC, art. 113, § 2º). Isto porque a complexa estrutura dos órgãos administrativos nem sempre possibilita ao impetrante identificar com precisão o agente coator, principalmente nas repartições fazendárias que estabelecem impositões aos contribuintes por chefias e autoridades diversas.’

Com efeito, assim também preconizam alguns julgados do STJ:

“Mandado de segurança. Processual Civil. Tributário. Álcool etílico hidratado combustível. Subsídio. Repasse aos Estados-Membros e Distrito Federal. CF, art. 105, II, **b**. Portaria n. 246/1997. Ministério de Minas e Energia. Convênio ICMS n. 34/1997.

1. Excluído da relação processual o Ministro de Minas e Energia, incompetente o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, **b**, CF), imana forte a competência do Juízo Federal para apreciar e julgar o **mandamus** contra ato do Diretor do DNC.

2. Declinação de competência para o Juízo Federal — Seção Judiciária do Distrito Federal.” (MS n. 5.739/DF, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, publicado no DJ de 05.06.2000)

“Mandado de segurança. Contribuição previdenciária. Lei n. 9.783/1999. Servidora pública inativa. Ilegitimidade passiva de Ministro de Estado. Não-comprovação de ato concreto para qualificá-lo como autoridade coatora. Processo julgado extinto sem exame do mérito, em relação ao Ministro de Estado. Declinação da competência. Remessa à Justiça Federal de 1ª instância, por remanescente outra autoridade federal qualificada como coatora. Liminar mantida.

1. Ilegitimidade passiva de Ministro de Estado, porquanto não comprovado ato concreto por ele praticado, para qualificá-lo como autoridade coatora.

2. Julgado extinto o *writ*, sem exame do mérito, com fulcro no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, em relação ao Ministro de Estado, em face à sua ilegitimidade passiva.

3. Excluído o Ministro de Estado da defesa da relação processual, e remanescendo autoridade federal jurisdicionada ao juízo de primeiro grau, a remessa dos autos à Justiça Federal de 1ª instância é de rigor.

4. Liminar mantida. Decisão unânime.” (MS n. 6.406/SP, Relator Min. Franciulli Netto, DJ de 05.06.2000)

Processual. Mandado de segurança. Portaria nº 246/1967. Impossibilidade.

A Portaria n. 246/1967, baixada pelo Sr. Ministro de Estado de Minas e Energia é norma de caráter abstrato, sem efeitos concretos, insuscetível de ser atacada por mandado de segurança (Súmula n. 266 do STF). Exclusão do Senhor Ministro de Estado.

Remessa dos autos ao Juízo Federal competente.” (MS n. 5.695/DF, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 03.11.1998)

Processual Civil — Mandado de segurança — Autoridade coatora — Errônea indicação — Remessa dos autos ao juiz competente.

Não viola os artigos 1º e 6º da Lei n. 1.533/1951 a decisão que, reconhecendo a incompetência do tribunal, em razão da errônea indicação da autoridade coatora, determina a remessa dos autos ao juízo competente, ao invés de proclamar o impetrante carecedor da ação mandamental.

Recurso improvido.” (REsp n. 34.317/PR, Relator Ministro Garcia Vieira, publicado no DJ de 13.09.1993)”

Ouso discordar. O impetrante apresentou, apenas, o Secretário de Fazenda do Estado como tendo sido a autoridade que praticou o ato que considera ilegal.

Os autos demonstram que a pretensa coação foi, contudo, expressamente praticada pelo Gerente de Substituição Tributária e Comércio Exterior, sem nenhuma participação direta ou indireta do Secretário da Fazenda do Estado de Santa Catarina.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, em situações processuais idênticas a dos autos, tem se manifestado de conformidade com a decisão recorrida.

Permito-me registrar, primeiramente, os precedentes jurisprudenciais e doutrinários citados no voto do eminente Relator (fls. 3/5):

“Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Contribuição previdenciária de servidores ativos. Desconto. Autoridade coatora. Indicação errônea.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra decisão proferida pelo egrégio Tribunal **a quo** que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, ante a ilegitimidade passiva das autoridades indicadas como coadoras (Governador do Distrito Federal), em ação objetivando a abstenção do desconto de 12% da contribuição previdenciária de servidores ativos.

2. No mandado de segurança, a autoridade tida por coatora é aquela que pratica concretamente o ato dito lesivo. A dar azo à impetração, primordial que se verifique, no escalão ascendente, a autoridade responsável pela prática do ato e indicá-la como impetrada.

3. O Chefe do Poder Executivo, em qualquer das esferas, não pode

ser apontado como autoridade coatora em todas as ações mandamentais, visto que a estrutura administrativa é organizada de forma a que cada qual tenha um cargo e este as atribuições e responsáveis diretos por seus atos.

4. No *writ of mandamus*, a ausência de indicação da autoridade que ordenou a prática do ato acarreta a ilegitimidade passiva, com a extinção da ação.

5. Recurso desprovido.”(RMS n. 11.595/DF, Relator Ministro José Delgado, DJ de 11.06.2001)

“Processo Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Recolhimento do ICMS incidente sobre a compra de bens destinados ao consumo da empresa. Autoridade coatora. Indicação errônea do impetrado. Ilegitimidade passiva **ad causam** com a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito. Procedência.

I - No mandado de segurança, a autoridade tida por coatora é aquela que pratica concretamente o ato lesivo impugnado.

II - Não sendo o ato impugnado da autoridade apontada como coatora, verifica-se a sua ilegitimidade passiva **ad causam**, impondo-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, pela ausência de uma das condições da ação.

III - Recurso conhecido, porém, desprovido.” (RMS n. 11.014/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 08.04.2002)

No mesmo diapasão já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS n. 22.970-0/DF, Relator Ministro Moreira Alves, publicado no DJ de 24.04.1998, ementa **in verbis**:

“Mandado de segurança. Questão de ordem. Incompetência.

Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que a errônea indicação da autoridade coatora pelo impetrante impede que o Juiz, agindo de ofício, venha a substituí-la por outra, alterando, desse modo, sem dispor de poder para tanto, sujeitos que compõem a relação processual, especialmente se houver de declinar de sua competência, em favor do Supremo Tribunal Federal, em virtude da mutação subjetiva operada no pólo passivo do *writ* mandamental.

A mesma orientação, por identidade de razão, se aplica ao caso presente, em que o mandado de segurança não foi impetrado contra ato do Presidente do Tribunal de Contas da União, mas, sim, contra ato do

Secretário-Geral desse Tribunal, não podendo os impetrantes, depois de prestadas as informações e já decorrido o prazo de decadência para a sua impetração, emendar ou alterar, de forma direta ou indireta, a indicação da autoridade coatora.

Questão de ordem que se resolve no sentido de não conhecer do mandado de segurança, determinando a devolução dos autos ao Juízo de origem.”

Desse mesmo entendimento também compartilha **Nelson Nery Júnior**, in “Código de Processo Civil Comentado”, 4ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 2.345:

“Reconhecimento de ausência de condições da ação. Cognição **ex officio** pelo magistrado:

A autoridade judiciária não dispõe de poder para, em agindo de ofício, substituir em sede mandamental, o órgão apontado como coator pelo impetrante do *writ*. Falece-lhe competência para ordenar a mutação subjetiva no pólo passivo da relação processual. Se o Juiz entender ausente, no caso submetido à sua apreciação, a pertinência subjetiva da lide quanto à autoridade indicada como coatora, deverá julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito, por inocorrência de uma das condições da ação (CPC, 267, VI) que , constitui matéria de direito passível de cognição de ofício pelo magistrado (CPC, 267, § 3º, 301 § 4º).”

Na linha desse entendimento está o parecer de fls. 963/964:

“Ocorre que não se pode aceitar pacificamente o argumento de que, se a autoridade superior defender o ato, passa a encampá-lo, porquanto, se não tiver poderes para modificá-lo, de nada adianta defendê-lo. Esta conclusão é óbvia.

Vejamos a doutrina:

‘Por autoridade coatora entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal...’. (**Hely Lopes Meirelles**, in “Mandado de Segurança e Ação Popular”. 10ª ed. São Paulo: RT, 1985).

E na mesma obra, mais à frente, complementa:

‘Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário’ (ob. cit).

Já se decidiu que “autoridade coatora é aquela que pratica o ato e não o superior hierárquico” (TFR, Quinta Turma, AMS n. 117.327/MG, Rel. Min. Geraldo Sobral, ADV 41.591).

Ainda: “Tratando-se de mandado de segurança, a determinação da competência fixa-se pela autoridade que praticou ou vai praticar o ato, objeto da impetração.” (STJ-Primeira Seção, CC n. 1.850/MT, Rel. Min. Geraldo Sobral, DJ de 03.06.1991, p. 7.403).

E isso porque, autoridade pública, segundo o saudoso **Hely Lopes Meirelles**, “é aquela que detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo” (“Mandado de Segurança”, 13ª ed., Revista dos Tribunais, 1989, p. 10).

Logo, percebe-se que a autoridade coatora é efetivamente o gerente de substituição tributária e não a autoridade indicada como coatora na exordial.

Qualquer dúvida que ainda paire sobre o caso em voga é logo esclarecida mediante o exemplo exposto pelo saudoso mestre **Hely Lopes Meirelles**, que definiu, com exatidão, a figura do agente coator, **verbis**:

‘Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que científica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão.’ (“Mandado de Segurança e outros”, 13ª ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 34).”

Idem o Parecer de fls. 971/972:

“De fato, a autoridade coatora é quem ordena a prática do ato impugnado ou se omite em praticá-lo, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução. **In casu**, percebe-se que o **mandamus** deveria ter sido dirigido contra o Gerente de Substituição Tributária e não ao Secretário de Fazenda do Estado.

Nesse sentido, é a recente decisão proferida pela eminente Ministra Laurita Vaz, nos autos de ROMS n. 110.147/MG, DJ de 08.04.2002, Segunda Turma, senão vejamos:

‘Processo Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Recolhimento do ICMS. Incidente sobre a compra de bens destinados ao consumo da empresa. Autoridade coatora. Indicação errônea do impetrado. Ilegitimidade passiva **ad causam** com a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito. Procedência.

I - No mandado de segurança a autoridade tida por coatora é aquela que pratica concretamente o ato lesivo impugnado.

II - Não sendo o ato impugnado da autoridade apontada como coatora, verifica-se a sua ilegitimidade passiva **ad causam**, impondo-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, pela ausência de uma das condições da ação.

III - Recurso conhecido, porém, desprovido.’

Diante do exposto, o Ministério Público Federal opina pelo desproviamento do recurso.”

Lúcia Valle Figueiredo, em sua obra “Mandado de Segurança”, Malheiros, 3ª edição, p. 51, afirma:

“Assim, autoridade coatora é quem pratica o ato, causa constrangimento ilegal, e, por isso, chamada é ao mandado de segurança somente para prestar informações. Enfim, como diz o professor **Sérgio Ferraz**, a autoridade coatora tem o dever de verdade, e a parte não tem tal dever.”

Sérgio Ferraz, por sua vez (“Mandado de Segurança — Individual e Coletivo — Aspectos Polêmicos”), 3ª edição, p. 59, lembra:

“Na primeira fase, dúvida não se põe: coator é aquele que desempenhou, por comissão ou omissão, a atividade impugnável. E, se foi ele quem assumiu a coação, a ele incumbirá desfazê-la. Em suma, a materialização do ato é que define a autoridade que se pode apontar como coatora.

(...)

É nessa ordem de considerações que, **brevitatis causa**, se diz, com acerto, que a impetração deve ser “sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário” (**Hely Lopes Meirelles**, “Mandado de Segurança”, 13ª ed., p. 35).”

A seguir, registra **Sérgio Ferraz**, pp. 62 e 63, que, havendo errada indicação da autoridade coatora, a jurisprudência conduz à extinção do processo. Anota:

“De seu turno, a jurisprudência tem abonado a solução da extinção do processo (STF RMS n. 21.362-1, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 26.6.1992, p. 10.104/10.105; STF MS n. 21.382-5, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 03.06.1994, pp. 13.853/13.854; STF MI n. 414-5, Rel. Min. Néri da Silveira; STF MS n. 21.398-1, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 1ª.09.1995, p. 27.376; STF MS 21.385-0 e MS n. 21.3922, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 16.06.1995, p. 18.214; STJ, MS n. 106, DJ de 28.08.1989, p. 13.674; STJ, MS n. 103, DJ de 28.08.1989, p. 13.674; TJDF, MS n. 1.997 e 2.009, DJ de 07.02.1990, Parte II, p. 1.340; STJ, REsp n. 39.571-2, Rel. Min. Milton Pereira, DJ de 22.05.1995,

p. 14.367; STJ, RMS n. 4.987-6, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 09.10.1995, p. 33.536; STJ, MS n. 3.364-6, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 1^a.08.1994, p. 18.573; STJ, RMS n. 5.415-2, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 14.08.1995, p. 23.984; STJ, REsp n. 34.317-7, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 13.09.1993, p. 18.546; STJ, RMS n. 2.466-0, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 16.08.1993, p. 15.995; STJ, CC n. 2.902-7, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ de 02.08.1993, p. 14.158; STJ, REsp n. 43.276-6, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 04.09.1995, p. 27.804; STJ, CC n. 11.606-6, Rel. Min. Milton Pereira, DJ de 13.03.1995, p. 5.241; TRF 1^a Região, AMS n. 92.01.294-6-9, Rel. Juiz Mário César Ribeiro, DJ de 19.12.1994, Parte II, p. 74.095; TRF 1^a Região, CC n. 93.01.35710-0, Rel. Juiz Tourinho Neto, DJ de 11.04.1994, Parte II, p. 14.818; TRF 2^a Região, AMS n. 8.408, Rel. Juiz Antônio Cruz Netto, DJ de 04.08.1994, Parte II, p. 41.312; TRF 2^a Região, AMS n. 94.02.02777-7, Rel. Juiz Clélio Erthal, DJ de 22.11.1994, Parte II, p. 67.298; TRF 3^a Região, AMS ns. 15.452-5 e 32.675-0, Rel. Juíza Ramza Tartuce, DJ de 16.11.1994, Parte II, pp. 65.657 e 65.659; TRF 4^a Região, AMS n. 92.024.20850-3, Rel. Juiz Ari Pargendler, DJ de 23.11.1994, Parte II, p. 67.773; TRF 4^a Região, AMS n. 92.04.20849-0, Rel. Juiz Ari Pargendler, DJ de 08.06.1994, Parte II, p. 29.881; TRF 4^a Região, AMS n. 90.04.21502-6, Rel. Juiz Ivo Tolomini, DJ de 11.04.1994, Parte II, p. 20.731; TRF 4^a Região, AMS n. 92.04.36519-6, Rel. Juiz Ivo Tolomini, DJ de 07.05.1995, Parte II, p. 35.579).”

Não obstante Sérgio Ferraz divergir desse entendimento, revela, contudo, a postura jurisprudencial.

Isto posto, nego provimento ao recurso, confirmando a extinção do processo. É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro José Delgado, negando provimento ao recurso.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 15.154 — PE (2002/0089807-4)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Moura Informática Ltda

Advogados: Rodrigo Pereira Guedes e outros

T. Origem: Tribunal Regional Federal da 5^a Região

Impetrado: Juiz Presidente do Tribunal Regional Federal da 5^a Região

Recorrida: União

EMENTA

Contrato administrativo. Equação econômico-financeira do vínculo. Desvalorização do real. Janeiro de 1999. Alteração de cláusula referente ao preço. Aplicação da teoria da imprevisão e fato do príncipe.

1. A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, **d**, 88, §§ 5º e 6º, da Lei n. 8.666/1993). Deveras, a Constituição Federal ao insculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula **mater** da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as “condições efetivas da proposta”.

2. O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes.

3. Rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato. Impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores. (**ad impossibilia memo tenetur**).

4. Prevendo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato pela verificação da **exceptio non adimpleti contractus** imputável à administração, **a fortiori**, implica admitir sustar-se o “início da execução”, quando desde logo verificável a incidência da “imprevisão” ocorrente no interregno em que a administração postergou os trabalhos. Sanção injustamente aplicável ao contratado, removida pelo provimento do recurso.

5. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado.

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

Ministro Luiz Fux, Relator

Publicado no DJ de 02.12.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso ordinário interposto por Moura Informática Ltda, com fulcro no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão que denegou a ordem nos autos de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade coatora consubstanciado na imposição de sanções administrativas e multa por inadimplência contratual, assim ementado (fl.147):

“Mandado de segurança. Administrativo. Licitação. Execução do contrato.

— O peculiar regime dos contratos administrativos prevê, como desdobramento do princípio da continuidade do serviço público, sua prorrogação automática nos casos de “impedimento, paralisação e sustação” (art. 79, § 5º, da Lei n. 8.666/1993), não admitindo, por outro lado, a rescisão unilateral por iniciativa do particular.

— Ao particular insatisfeito com a prorrogação tácita resta, em qualquer momento após o transcurso do prazo original, denunciar judicialmente o contrato, como expressamente lhe facultam vários incisos do art. 78 da Lei n. 8.666/1993, inclusive na hipótese de “não-liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento” (inciso XVI).

— Não proposta a rescisão judicial do contrato administrativo, cumpre à Administração exigir do contratado o adimplemento de suas obrigações contratuais e, em não sendo atendida, aplicar as penalidades cabíveis nos termos da legislação pertinente.

Noticiam os autos que Moura Informática Ltda fora vencedora em licitação promovida pelo TRF/5ª Região para o fornecimento, instalação e configuração de *softwares* de proteção para acesso externo daquele Tribunal. Homologado o certame, foi emitida nota de empenho em 18.12.1998, a qual previa o prazo de 30 dias para a entrega do serviço e pagamento à contratada no quinto dia útil após as instalações. Mediante o Ofício n. 006/1999, solicitou o TRF o adiamento dos trabalhos, posto faltar a instalação de linha privada de comunicação de dados.

Em 08.02.1999, a empresa pleiteou ao Tribunal o reajuste do preço contratado, tendo em vista a brusca e inesperada mudança na política cambial brasileira responsável pela desvalorização do real, cujo preço do produto licitado havia aumentado excessivamente, posto tratar-se de material importado dos Estados Unidos. Em parecer datado de 10.05.1999, embora tivesse reconhecido que a responsabilidade pela mora no cumprimento da obrigação fosse do TRF, restou concluído pela impossibilidade de reajuste do preço, uma vez que a variação cambial estaria incluída dentro do risco da atividade comercial. Em 12.05.1999, o Presidente daquela egrégia Corte indeferiu o pedido de recomposição de preços, determinando que a empresa implantasse os *softwares firewall*, sob pena de instaurar-se procedimento administrativo para apuração de multas incidentes e suspensão do direito de licitar.

Em 14.05.1999, a Moura Informática informou que não iria fornecer o objeto licitado em face do aumento do dólar, o que resultou na instauração de procedimento administrativo, com as garantias da ampla defesa e do contraditório, restando multada a empresa no valor de R\$ 3.995,00 (três mil novecentos e noventa e cinco reais), e proibida de licitar com o serviço público pelo prazo de 06 (seis) meses.

Inconformada, a empresa de informática manejou mandado de segurança contra a referida decisão. À fl. 85, foi deferida a tutela liminar, suspendendo-se os efeitos da eficácia da decisão que impôs as sanções. No mérito, porém, o Tribunal denegou o *writ*, acolhendo a tese sintetizada na ementa acima transcrita.

Sobreveio o presente recurso ordinário, em cujas razões alega a Impetrante/ Recorrente que o acórdão violou o art. 78, XVI, da Lei n. 8.666/1993, porquanto o Tribunal **a quo** não reconheceu o seu direito à rescisão contratual pela mora da Administração Pública, tampouco pelo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sustentado na teoria da imprevisão e no fato do príncipe.

O Ministério Público, atuando no feito como **custos legis**, opinou no sentido do improvimento do recurso, ao entendimento de que apenas um desequilíbrio econômico relevante capaz de tornar excessivamente onerosa a execução do contrato é que se aplica a teoria da imprevisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, presentes os pressupostos gerais de admissibilidade recursal, o presente recurso ordinário merece ver-se conhecido.

O recurso tem êxito.

Ab initio, convém repisar alguns aspectos fáticos. Consoante destaca-se do relatório, a Moura Informática Ltda fora vencedora em licitação promovida pelo TRF/5ª Região para o fornecimento, instalação e configuração de *softwares* de proteção para acesso externo daquele Tribunal. Homologado o certame, foi emitida nota de empenho em 18.12.1998, a qual previa o prazo de 30 dias para a entrega do serviço e pagamento à contratada no quinto dia útil após as instalações. Mediante o Ofício n. 006/1999, solicitou o TRF o adiamento dos trabalhos, posto faltar a instalação de linha privada de comunicação de dados.

Em 08.02.1999, a empresa pleiteou ao Tribunal o reajuste do preço contratado, tendo em vista a brusca e inesperada mudança na política cambial brasileira responsável pela desvalorização do real, cujo preço do produto licitado havia aumentado excessivamente, posto tratar-se de material importado dos Estados Unidos. Em parecer datado de 10.05.1999, embora tivesse reconhecido que a responsabilidade pela mora no cumprimento da obrigação fosse do TRF, restou concluído pela impossibilidade de reajuste do preço, uma vez que a variação cambial estaria incluída dentro do risco da atividade comercial. Em 12.05.1999, o Presidente daquela egrégia Corte indeferiu o pedido de recomposição de preços, determinando que a empresa implantasse os *softwares firewall*, sob pena de instaurar-se procedimento administrativo para apuração de multas incidentes e suspensão do direito de licitar.

Em 14.05.1999, a Moura Informática informou que não iria fornecer o objeto licitado em face do aumento do dólar, o que resultou na instauração de procedimento administrativo, com as garantias da ampla defesa e do contraditório, restando multada a empresa no valor de R\$ 3.995,00 (três mil novecentos e noventa e cinco reais), e proibida de licitar com o serviço público pelo prazo de 06 (seis) meses.

O próprio acórdão recorrido reconhece como incontroverso o fato de que:

“(...) poucos dias após a expiração do prazo original do contrato, já se apresentava evidente o desinteresse da contratada em prosseguir com o contrato, ante afirmada inviabilidade do seu preço por conta da mudança da política cambial. Mesmo assim não se preocupou em denunciar o contrato, alimentando a esperança de que o inconveniente viesse a ser superado mediante revisão contratual.

Frustrada nesta sua expectativa, pleiteou a rescisão amigável, (...) (vide fls. 141/142).

Deveras, como destaca a recorrente na inicial:

“O que ocorreu no Brasil em janeiro desse ano foi muito mais do que uma simples desvalorização da moeda brasileira, foi uma completa e inesperada alteração da política cambial nacional.

Até aquele mês, era utilizado o sistema de bandas fixas, onde o governo fixava um valor máximo e um mínimo para o dólar norte-americano, podendo a cotação flutuar dentro desse intervalo.

Esse intervalo já vinha sendo mantido e defendido pela área econômica do governo por vários anos, e até poucos dias antes da maxidesvalorização ocorrida, o então presidente do Banco Central, o economista Gustavo Franco, afirmava com toda a convicção e segurança que a política cambial não iria ser modificada.

De repente, quando ninguém esperava, houve uma mudança na Presidência do Banco Central e conseqüentemente uma mudança no sistema cambial adotado, que passou a ser, conforme denominação dos economistas, o de “bandas endógenas”, que logo em seguida deu lugar à livre flutuação, até agora em vigor.

Como pode tão drástica e inesperada mudança no câmbio ser incluída dentro dos riscos normais de uma atividade comercial.

O que estaria incluído dentre desse risco seria uma variação dentro das bandas já fixadas pelo governo, ou até mesmo uma ampliação dessa banda, mas nunca uma completa mudança na política cambial, que culminou com a enorme desvalorização do real frente ao dólar norte-americano.

No caso em tela essa desvalorização causou um aumento de mais de 40% no custo dos equipamentos contratados.”

Releva destacar que a prorrogação do início do serviço contratado que operou-se por motivos inerentes ao contratante e a desvalorização cambial ocorrente nesse interregno restaram como “fatos incontroversos”, posto admitido por ambas as partes.

A diferença é que a Administração entendeu “inerente aos riscos da atividade” a desvalorização cambial e impossível a rescisão unilateral do vínculo pelo contratado.

Com efeito, o episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (Real) frente ao dólar norte-americano, configura causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes.

In casu, o objeto do contrato era a instalação de *softwares* de segurança para acesso às dependências externas do Tribunal contratante. Destaque-se que o material, objeto de aquisição pela empresa contratada era importado e, conseqüentemente, cotado em dólar; fato econômico inegável que culminou, consoante pública e notória, na quebra de empresas de médio a grande porte.

Sobre o tema, confira o voto proferido pelo eminente Ministro Pádua Ribeiro, no REsp n. 343.617, versando o desequilíbrio nas aquisições de veículos importados sob o regime de *leasing*, assentou:

“Entretanto, o fato econômico de que se cuida não pode, de nenhum modo, ser tido como uma mera variação do valor da moeda, que devesse ser suportada pela arrendatária por conta da sua opção de risco. A álea aceitável em casos como este é aquela que pode ser antevista normalmente pelo cidadão comum com base, apenas, na observação do histórico da cotação do câmbio, e esta, como é notório, apresentava-se estável há mais de quatro anos, permitindo supor que era uma tendência segura. Portanto, é forçoso reconhecer que houve, sim, uma abrupta e imprevista alteração no regime cambial que vigera deste 1994. Antever essa reviravolta com tanta antecedência, se tal era possível, só mesmo para privilegiados especialistas.

Por isso mesmo é evidente que diante do quadro econômico que se verificava a partir daquele momento, à vista do fenômeno inopinado, instalou-se situação insustentável em que uma das partes passava a auferir vantagem exagerada em prejuízo da outra. É precisamente para corrigir distorções como essa que se presta a aplicação da chamada teoria da imprevisão, conforme colocou o percuciente **Caio Mário da Silva Pereira**:

‘Os escritores, tanto entre nós quanto no estrangeiro, procuraram adaptar a velha cláusula **rebus sic stantibus** às condições atuais (...) A que, a nosso ver, melhor atende às injunções sistemáticas é a da imprevisão, aqui afeiçoada e difundida por **Arnoldo Medeiros da Fonseca**.

Admitindo-se que os contratantes, ao celebrarem a avença, tiveram em vista o ambiente econômico contemporâneo e previram razoavelmente para o futuro, o contrato tem de ser cumprido, ainda que não proporcione às partes o benefício esperado. Mas, se tiver ocorrido modificação profunda nas condições objetivas coetâneas da execução, em relação às envolventes da celebração, imprevistas e imprevisíveis em tal momento, e geradora de onerosidade excessiva para um dos contratantes, ao mesmo passo que para o outro proporciona lucro desarrazoado, cabe ao prejudicado insurgir-se e recusar a prestação. Não o justifica uma apreciação subjetiva do desequilíbrio das prestações, porém, a ocorrência de um acontecimento extraordinário, que tenha operado a mutação de um ambiente objetivo, em tais termos que o cumprimento do contrato implique, em si mesmo e por si só, o enriquecimento de um e empobrecimento do outro. Para que se possa, sob fundamento na teoria da imprevisão, atingir o contrato, é necessário ocorram requisitos de apuração certa:

- a) vigência de um contrato de execução diferida ou sucessiva;
- b) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo no da celebração;
- c) onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro;
- d) imprevisibilidade da modificação.” (“Instituições de Direito Civil”, volume III, 7ª edição, pp. 110 e 111).

No mesmo sentido, as egrégias Turmas de Direito Privado do STJ acerca do fato econômico de 1999 têm assentado:

“Contrato de arrendamento mercantil. *Leasing*. Ação revisional. CDC. Aplicabilidade. Indexação. Dólar norte-americano. Variação cambial abrupta. Imprevisibilidade. Captação de recursos externos. Comprovação. Incidência do Enunciado n. 7.

I - Não há como deixar de reconhecer no episódio da forte desvalorização do real frente à moeda norte-americana, ocorrida em janeiro de 1999, evento objetivo e inesperado, a ensejar a modificação da cláusula contratual de ordem a evitar locupletamento de um contratante em detrimento do outro. Precedentes. Ademais, segundo o acórdão recorrido, não ficou provada a aplicação de recursos estrangeiros na aquisição do bem arrendado. Questão que demandaria reexame de provas. Enunciado n. 7/STJ.

II - Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 412.579, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 23.09.2002)

“Direito do consumidor. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Cessão de crédito com anuência do devedor. Prestações indexadas em moeda estrangeira (dólar americano). Crise cambial de janeiro de 1999. Onerosidade excessiva. Caracterização. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação.

— O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor.

— A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas.

— A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a sociedade de fomento ao crédito estará assegurada quanto aos riscos da variação cambial.

— É ilegal a transferência de risco da atividade financeira ao consumidor, ainda mais quando não observado o seu direito à informação.” (REsp n. 417.927, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 1^o.07.2002)

Vislumbra-se ante o quadro econômico que o País se encontrava nos idos de 1999, a incidência irrefutável da teoria da imprevisão, que exonera o contratado de sua responsabilidade, posto que a mudança da política econômica para o câmbio flutuante produziu álea administrativa, equiparável ao caso fortuito e à força maior luzentes nos arts. 1.058 e 1.277 do Código Civil, impondo o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro rompido.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca os efeitos da doutrina da imprevisão nos contratos administrativos:

“Agravos econômicos sofridos em razão de fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes e que convulsionam gravemente a economia do contrato. Seria o caso, por exemplo, de acentuada elevação do preço de matérias-primas, causada por desequilíbrios econômicos etc. É a “teoria da imprevisão”, por via da qual, modernamente, se retoma o vetusto princípio da cláusula **rebus sic stantibus**. Entre nós, a teoria da imprevisão é perfeitamente acolhida como forma de restaurar as previsões, consagradas na equação econômico-financeira. Com efeito, o mencionado art. 65, II, **d**, também menciona expressamente dita hipótese como abrangida nos casos ensejadores de restabelecimento do equilíbrio inicial”. (Curso de Direito Administrativo, 12^a Edição, pp. 562/563).

Em suma, a novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1^o, 58, §§ 1^o e 2^o, 65, II, **d**, 88, §§ 5^o e 6^o, da Lei n. 8.666/1993).

Deveras, a Constituição Federal ao insculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula **mater** da moralidade tornou clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio ao realçar as “condições efetivas da proposta”.

O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (Real) frente ao dólar norte-americano, configura causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes.

Prevedo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato pela verificação da **exceptio non adimpleti contractus** imputável à administração, **a fortiori**, implica admitir sustar-se o “início da execução” quando desde logo verificável a incidência da “imprevisão” ocorrente no interregno em que a administração postergou o começo dos trabalhos.

Assiste também razão à Recorrente sobre o outro aspecto que o presente recurso ordinário encerra, qual seja, rescisão contratual em face da mora da Administração em liberar o espaço para a execução do trabalho.

O art. 78, XVI, da Lei n. 8.666/1993 assim determina:

“Art.78 - Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XVI - a não-liberação, por parte da Administração, de área, local, ou objeto para execução da obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificados no projeto.”

Trata-se, aqui, de fato da administração que dilargou o início dos trabalhos, uma vez que a linha privada de comunicação de dados não havia sido instalada. Exatamente nesse período operou-se a abrupta desvalorização cambial.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, abordando o tema **in** “Direito Administrativo”, 13ª edição, p. 258, conclui:

“O fato da Administração distingue-se do fato do príncipe, pois, enquanto o primeiro se relaciona diretamente com o contrato, o segundo é praticado pela autoridade, não como ‘parte’ no contrato, mas como autoridade pública que, como tal, acaba por praticar um ato que, reflexamente, repercute sobre o contrato.

O fato da Administração compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico.

O fato da Administração pode provocar uma suspensão da execução do contrato, transitoriamente, ou pode levar a uma paralisação definitiva, tornando escusável o descumprimento do contrato pelo contratado e, portanto,

isentando-o das sanções administrativas que, de outro modo, seriam cabíveis. Pode, também, provocar um desequilíbrio econômico-financeiro, dando ao contratado o direito a sua recomposição.”

Doutrinando sobre o tema, o saudoso **Hely Lopes Meirelles** mencionava exatamente esse fato da administração, ao assentar: “quando a Administração deixa de entregar o local da obra ou serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou ...” (**in** “Direito Administrativo Brasileiro”, 26ª edição, p. 229).

Ainda a esse respeito, ensina o Professor **Hely**:

“Fato da Administração é toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda ou impede sua execução. O Fato da Administração equipara-se à força maior e produz os mesmos efeitos excludentes da responsabilidade do particular pela inexecução do ajuste. (...) Em todos esses casos o contratado pode pleitear a rescisão do contrato, amigável ou judicialmente, por culpa do Poder Público; o que não se lhe permite é a paralisação sumária dos trabalhos pela invocação da exceção de contrato não cumprido, inaplicável aos ajustes administrativos, salvo se o atraso foi superior a noventa dias (art. 78, XV), como já expusemos precedentemente.” (Ob. cit. p. 229, **in fine**)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 189.652 — SP (1998/0071007-8)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Recorrente: Estado de São Paulo

Advogados: Leila D’Auria Kato e outros

Recorridos: Antônio Magalhães Bastos Júnior e outros

Advogados: Cláudio Bonato Fruet e outros

EMENTA

Processual Civil. Fazenda Pública. Embargos à execução rejeitados. Efeito do recurso. CPC, artigos 475, II e 520, V.

1. Quando os embargos à execução são rejeitados fica excepcio-

nada a regra do “duplo efeito”, ficando a apelação alforriada da suspensão (art. 520, V, CPC). Pois, rejeitados (não recebidos) não pode a apelação *suspender* ou “impedir o prosseguimento do processo executivo, que não chegou a suspender, exatamente porque *não recebidos* os embargos” (**Barbosa Moreira** — “Comentários” — Forense — 6ª edição — p. 420, nota 116). Desse modo, afasta-se confronto ou sugestão de antinomia com as disposições do artigo 475, II, CPC, evitando-se que estas excluam aquelas (art. 520, V, Cód. ref.). Deveras, o duplo grau aos embargos à execução prende-se à sentença que os rejeita **in limine** (art. 739 e § 1º, CPC) e não quando julga o *mérito* (art. 740, Cód. cit.).

2. Recurso sem provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Luiz Fux e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux. Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 22 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator

Publicado no DJ de 18.11.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo constituiu acórdão, consubstanciado na ementa, a saber:

“Agravo de instrumento — Recurso contra a r. sentença que rejeitou ou julgou improcedentes os embargos — Recebido em ambos os efeitos — Considerando-se o disposto no art. 520, V, do CPC, o recurso deve ser recebido apenas no seu efeito devolutivo — Provido o recurso, nos termos do acórdão” (fl. 210).

Contra o v. aresto, a parte interessada interpôs recurso especial fundado no

artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, alegando contrariedade ao artigo 475, II, do Código de Processo Civil.

As prédicas recursais estão assentadas nos termos seguintes:

“Julgou, o egrégio Tribunal **a quo**, procedente o recurso, ao entendimento de que o art. 520, inciso V, do CPC, prevê que o recurso contra sentença que ‘rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes’ deve ser recebido apenas no seu efeito devolutivo.”

omissis

“Não obstante correntia a posição adotada pelo egrégio Tribunal, por muitos secundada, em decorrência, inclusive, de açodada interpretação do art. 520, V, do CPC, está o ora recorrente convencido de que a solução dada à questão **sub judice** acaba por afrontar o disposto no art. 475, II, do mesmo diploma legal,...”

omissis

“A solução do litígio dada pelo egrégio Tribunal **a quo** enseja um conflito de normas, já que sugere, para respeito ao art. 520, V, do CPC, a inobservância ao art. 475, II, do mesmo estatuto.”

omissis

“Ora, os termos da decisão citada impõem a conclusão de que o reexame necessário, previsto no art. 475, do CPC, é aplicável também no que se refere ao processo executivo, já que alude a ‘embargos à execução’.

De tal decorre, pois, que a decisão proferida contra as Fazendas Públicas só produz eficácia depois de confirmada pelo Tribunal, após o reexame necessário, exercido pela remessa dos autos de ofício, ou pela avocação destes pela Superior Instância.

Em sendo assim, havendo recurso voluntário da parte, como ocorreu no presente caso, este deverá ser recebido no duplo efeito, como é óbvio e evidente.

Daí que a v. decisão recorrida ofendeu o art. 475, II, do CPC, ao entender que a apelação interposta pelo Estado tem efeito meramente devolutivo” (fls. 216/218).

Conclui:

“Pelo exposto, requer seja o recurso conhecido e provido, para o fim de, cassado o v. acórdão proferido no agravo de instrumento, ser mantida a r. decisão agravada que concedeu ao recurso interposto pelo Estado de São Paulo nos embargos à execução tanto o efeito devolutivo como o suspensivo.

Requer, outrossim, que com o provimento do recurso, cassado o v. despacho que concedeu efeito suspensivo ao agravo, seja mantido o recolhimento do precatório oriundo do ofício requisitório expedido pelo MM. Juízo da Comarca de São Luiz do Paraitinga, por medida de Justiça” (fl. 222).

As contra-razões foram apresentadas às fls. 226/230.

Ao admitir o seguimento do recurso especial, o nobre 4º Vice-Presidente do Tribunal **a quo** finalizou:

“A matéria legal controvertida foi satisfatoriamente exposta na petição de interposição e devidamente examinada pelo acórdão, estando atendido, portanto, o requisito do prequestionamento.

Há menção ao dispositivo legal tido como violado, não se vislumbra a incidência dos demais vetos regimentais ou sumulares, preenchendo, pois, o recurso, os requisitos do Regimento Interno da colenda Corte Superior” (fl. 233).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): sob o telheiro das notícias processuais, colhe-se que o ferrete recursal volta-se contra v. acórdão, assim resumido:

“Agravo de instrumento — Recurso contra a r. sentença que rejeitou ou julgou improcedentes os embargos — Recebido em ambos os efeitos — Considerando-se o disposto no art. 520, V, do CPC, o recurso deve ser recebido apenas no seu efeito devolutivo — Provido o recurso, nos termos do acórdão” (fl. 210).

Vinca-se o inconformismo na afirmação, basicamente, de que o aresto “...enseja um conflito de normas, já que sugere, para respeito ao art. 520, V, do CPC, a inobservância ao art. 475, II, do mesmo estatuto” (fl. 216), concluindo a parte recorrente:

“Isto porque despidiendo lembrar as nefastas conseqüências advindas de uma precipitada execução contra a Fazenda Pública, com todos os transtornos e prejuízos causados ao orçamento com o destacamento de verba que, posteriormente, venha a se mostrar indevida.

Daí a necessidade de se condicionar a eficácia de condenação da Fazenda Pública, ou seja, sentença contra a União, Estado ou Município, à sua confirmação pelo Tribunal.

Ora, se a condenação das Fazendas Públicas só produz efeito após a confirmação pelo Tribunal, significa que, antes de confirmada, não pode ser executada, como é óbvio, pelo só fato de não produzir qualquer efeito.

Se a sentença, ainda passível de reexame, tem sua executividade suspensa, significa que o recurso contra ela interposto, seja ele oficial ou voluntário, tem efeito suspensivo.

Portanto, embora aparentemente a apelação contra sentença que rejeitou liminarmente ou julgou improcedentes os embargos tenha efeito meramente devolutivo, como decorre do art. 520, V, do CPC, quando tal sentença for contra o Estado, o recurso contra ela interposto deverá ter também efeito suspensivo, consoante decorre do art. 475, II, do mesmo estatuto, já que antes de confirmada pelo Tribunal, não produzirá qualquer efeito, sendo, pois, insuscetível de execução.” (Fls. 220 a 221)

É a suma do recurso especial. Presentes os requisitos de admissibilidade, impõe-se o seu conhecimento (art. 105, III, **a**, CF).

Por essas guias comemorativas, sem enganos, situa-se questão residente fundamentalmente, na *suspensividade*, ou não, de apelação interposta contra sentença que *rejeitou* embargos à execução provisória fundada em carta de sentença expedida nos autos de ação ordinária de desapropriação indireta, com trami-tação na via de recursos extremos. Deveras, inicialmente, o nobre Juiz de Direito assoa-lhou:

“Tratam-se os presentes autos de embargos à execução opostos pela Fazenda do Estado de São Paulo e a presente decisão é no sentido de sua rejeição. Assim, estaria, em tese, esta decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição, que é previsto pelo artigo 475 do CPC. Aplica-se, no caso, a disposição que determina sujeição ao duplo grau de jurisdição; contudo, por se tratar de embargos opostos pela Fazenda Pública, em ação de desapropriação indireta, o efeito suspensivo da sentença não tem incidência, porque já aplicado por ocasião da decisão deste Juízo, em março de 1994 e, ainda, por se tratar de expedição de precatório, que não tem, como já dito alhures, o sentido constritor, cabendo aos Exeqüentes a expectativa de, nos termos do artigo 100 da Magna Carta, de prenotação da ordem cronológica; assim, entende-se que o reexame necessário tem somente efeito devolutivos” (fls. 53 e 54).

Todavia, formalizando o recurso, movido por específica argüição da Fazenda Estadual sustentando “não ser exequível a sentença que julgou o mérito, neste caso (art. 475, CPC), antes do reexame necessário” (fl. 71), o despique foi recebido “em seu duplo efeito” — art. 475, II, CPC — (fl. 74).

Nesse sítio, sem demora, não pode ser omitido que, a trato do assunto, esta Corte tem expressivos precedentes; por exemplo:

“Execução. Fazenda Pública. Improcedência dos embargos. Reexame obrigatório. Expedição de ofício requisitório. Oportunidade.

Sendo a decisão submetida ao reexame obrigatório, por força do disposto no artigo 475 do Código de Processo Civil, são ineficazes os atos de liquidação eventualmente praticados, devendo a expedição do ofício requisitório aguardar o pronunciamento do Tribunal.” (REsp n. 166.793/SP Rel. Min. Hélio Mosimann, **in** DJ de 14.09.1998);

«Processual Civil — Duplo grau obrigatório — Processo de execução — Apelação — Efeito.

Ao estabelecer o duplo grau obrigatório às sentenças proferidas contra União, Estados e Municípios, o legislador não fez distinção entre sentença proferida em processo de conhecimento e de execução.

Se a sentença que julga os embargos à execução em desfavor dos entes previstos no artigo 475 está sujeita à remessa necessária, não produzindo efeitos senão após confirmada pelo Tribunal, não tem sentido o recebimento da apelação contra ela interposta apenas no efeito devolutivo.

Recurso provido.” (REsp n. 234.589/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, **in** DJ de 21.02.2000).

Merecem referências, por vinculação ao tema, os apontamentos adstritos ao artigo 475, feitos por **Theotônio Negrão** (CPC — 30ª edição — nota 11, p. 462).

Conquanto fortes as razões informadoras dos prenunciados arestos transcritos, ganha significância pontuar que os embargos à execução *foram rejeitados*, realidade processual que excepciona a regra do “duplo efeito”, alforriando a apelação da *suspensão* em comento (inc. V, art. 520, CPC). Demais, na espécie, *rejeitados* (não recebidos), não pode a apelação *suspender* ou “impedir o prosseguimento do processo executivo, que não se chegou a suspender, exatamente porque não *recebidos* os embargos” (**Barbosa Moreira** — “Comentários CPC” — Forense — 6ª edição — p. 420, nota 116, citando **Edson Ribas Malachini**, **in** “A Correição Parcial e a Recorribilidade das Decisões Interlocutórias”, Ver. Proc., vol. 18). Assim, espanta-se confronto ou sugestão de antinomia com as disposições do artigo 475, II, CPC, evitando-se que estas excluam aquelas (art. 520, V, Cód. ref.).

Nessas trilhas, ressoa a valia da interpretação, compreendendo-se que o *duplo grau* nos embargos à execução prende-se à sentença que os rejeita **in limine** (art. 739, e § 1º, CPC) e não quando julga o *mérito* (art. 740, Cód. ref.), como bem

explica o exímio **Barbosa Moreira** — ob. nota e página antes citados. Logo, o conflito ou a antinomia são aparentes, comportando solução que não leve à injustiça e iniquidade. Aqui, *suspende* a execução, cujos embargos foram rejeitados, levaria àqueles indesejáveis resultados. Por isso, com a argumentação desenvolvida, sob o prisma da lógica do razoável e não do “logismo absoluto”, compreendo que a apelação objeto da decisão agravada não está sob a guarda processual do “efeito suspensivo”.

Alinhados os comentários, a final, embora avisado pelos precedentes rememorados, mas, considerando que, das suas edificações não participei, sendo esta a primeira vez que faço reflexões sobre a questão posta, escusando-me por divergir, no caso, *voto negando provimento*.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: Acompanho o eminente Relator.

Filio-me ao entendimento posto no voto apresentado no sentido de que a apelação interposta de decisão que julga improcedentes embargos à execução deve ser recebida no efeito devolutivo.

As razões do eminente Relator são suficientes para a formação do meu convencimento. Adoto-as.

Nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 242.840 — SP (1999/0116566-0)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo

Advogados: Heloísa Pereira de A. Martins e outros

Recorridos: Cristiane Bruschi Ferreira e outros

Advogado: Alberto Jorge Ramos

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Habilitação de motorista à condução de veículos automotores. Legitimação da autoridade

coatora. Exigência reconhecida como ilegal. Lei Federal n. 5.108/1966 (arts. 5º, III e 70). Leis ns. 9.503/1997 (art. 140) e 9.602/1998. Instrução Normativa n. 18/1994 — Detran/SP — Decisão n. 7 — Contran.

1. As exigências ditadas em lei não retroagem para a desconstituição de ato administrativo concluído sob a égide da legislação posteriormente revogada.

2. Recurso sem provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 05 de setembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator

Publicado no DJ de 07.10.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Cuida-se de recurso especial interposto, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim sumariado:

“Administrativo — Exame de habilitação à condução de veículos automotores: ‘o artigo 140, da Lei Federal n. 9.503, de 23.09.1997, com atualização pela Lei Federal n. 9.602, de 27.01.1998, não tem aplicação imediata à hipótese julgada à égide da legislação anterior, até porque a inovação é restritiva de direito, a exigir interpretação estrita” (fl. 154).

A Fazenda do Estado de São Paulo sustentou ofensa ao artigo 70, da Lei n. 5.108/1966, pois de sua interpretação já decorria a exigência de os exames serem realizados na sede do domicílio do candidato. Argumentou que o artigo 66, parágrafo único, no mesmo capítulo que trata dos condutores de veículos, determinava que o registro da Carteira Nacional de Habilitação na repartição de trânsito do local do novo domicílio quando se mudasse o condutor.

Ponderou, à vista desses dispositivos, que:

“Essa regra deixa bem claro que o objetivo da lei era o de que todos os motoristas portadores da licença para dirigir fossem devidamente registrados no órgão de trânsito do local do domicílio, com o fito de propiciar a devida fiscalização, desde a averiguação das condições necessárias para a concessão dessa licença até a relativa à observância das leis de trânsito durante o uso do veículo e encaminhamento das punições ao destinatário.

Ora, se todo condutor tinha por obrigação registrar a licença para dirigir no órgão de trânsito de seu domicílio, evidente que não poderia obtê-la em outro, não fazendo sentido o deslocamento para obtenção em outra circunscrição para, imediatamente, promover o registro na de seu domicílio” (fl. 161).

Contra-razões às fls. 165/166.

O Quarto Vice-Presidente do Tribunal de origem admitiu a via especial, por entender que preenchido o requisito do prequestionamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): A dinâmica dos acontecimentos processuais projeta que, concedida a segurança, no julgamento dos recursos, negando provimento, o verumado v. acórdão, em suma, assentou:

“Administrativo — Exame de habilitação à condução de veículos automotores: ‘o artigo 140, da Lei Federal n. 9.503, de 23.09.1997, com atualização pela Lei Federal n. 9.602, de 27.01.1998, não tem aplicação imediata à hipótese julgada à égide da legislação anterior, até porque a inovação é restritiva de direito, a exigir interpretação estrita” (fl. 154).

De riste, afirmando que foi contrariado o artigo 70, da Lei Federal n. 5.108/1966 — Código Nacional de Trânsito —, a Fazenda Estadual articulou recurso especial (fls. 160 a 162).

Presentes os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido o merecimento do recurso (art. 105, III, a, CF).

Concluído o memento favorecedor da compreensão sobre a questão jurídico-litigiosa, abre-se ocasião para o exame pedido nesta via recursal. Com esse propósito, na pertinência da legitimação passiva do Impetrado, verifica-se que o debate

ficou encerrado na via revisional ordinária. Demais, a autoridade indigitada como coatora, nas informações, sem alusão à sua qualificação processual, como ato próprio, defendeu a sua legalidade e, tal como ocorreu, podendo bem cumprir o mandato judicial. Outrossim, a respeito, a fundamentação da r. sentença é incensurável (fls. 113 a 114).

Andante, o mérito preso à aplicação das disposições legais de regência, evidência cláusula temporal: retroatividade, ou não? No ponto, o desafiado julgado é certo, palavra por palavra:

omissis

“2. O artigo 70, do Código Nacional de Trânsito, vigente à época da impetração e do julgamento, assim dispunha:

‘A habilitação para conduzir veículo automotor apurar-se-á através da realização dos exames prescritos pelo Conselho Nacional de Trânsito, requerida pelo candidato que tenha completado 18 anos de idade à autoridade de trânsito de qualquer Unidade da Federação, mediante a apresentação da prova de identidade expressamente reconhecida pela Legislação estadual’.

Portanto, sem nenhuma vedação ao pretendido pelos impetrantes.

Hoje, com nova redação, o artigo 140, da Lei n. 9.503, de 23.09.1997, atualizada pela Lei n. 9.602 de 27.01.1998, ao dispor sobre habilitação, exige que os exames sejam realizados junto ao órgão ou entidade executivos do Estado ou do Distrito Federal, do domicílio ou residência do candidato.

Entretanto, a restrição nele contida somente atuará para o futuro, até porque o pedido inicial e o **decisum** foram deduzidos à égide da legislação revogada” (fls. 155 e 156).

Enfim, à época, a legislação apropriada não exigia a residência local e, então, cumpridas as explicitadas obrigações, aperfeiçoado o cumprimento, a inovação constituiu ilegalidade.

Sob as ordenanças das razões expostas, *voto negando provimento*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 373.264 — RJ (2001/0158370-2)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrentes: Prifarm Comércio de Material Médico Ltda e outros

Advogados: Eduardo Arruda Buregio e outro

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Marco Antônio Boiteux Alvarez e outros

Recorridos: Os mesmos

EMENTA

Tributário. Compensação. Tributos diferentes. Finsocial x contribuição sobre a folha de salários. Impossibilidade. Finsocial x contribuição social sobre o lucro. Possibilidade, após a Lei n. 10.637/2002. Aplicação dos limites percentuais das Leis ns. 9.032/1995 e 9.129/1995 à compensação de valores recolhidos indevidamente para a título de Finsocial. Impossibilidade.

1. A compensação, modalidade excepcional de extinção do crédito tributário, foi introduzida no ordenamento pelo art. 66 da Lei n. 8.383/1991, limitada a tributos e contribuições da mesma espécie.

2. Com relação às contribuições previdenciárias, a compensação deve observar as limitações percentuais e materiais impostas pelas Leis ns. 9.032/1995 e 9.129/1995.

3. A Lei n. 9.430/1996 trouxe a possibilidade de compensação entre tributos de espécies distintas, a ser autorizada e realizada pela Secretaria da Receita Federal, a requerimento do contribuinte ou de ofício (Decreto n. 2.138/1997), com relação aos tributos sob administração daquele órgão.

4. Com o advento da Lei n. 10.637/2002, dispensou-se a prévia atuação da Secretaria da Receita Federal, considerando-se extinto o crédito compensado pelo contribuinte, sob condição resolutória de sua posterior homologação pela autoridade fiscal.

5. A lei que rege a compensação é a vigente na data do encontro entre os débitos e créditos.

6. Não há autorização para a compensação de créditos de Finsocial com débitos de Contribuição sobre a Folha de Salários, por ser essa última arrecadada pelo INSS.

7. Viável a compensação de créditos de Finsocial com débitos de Contribuição Social sobre o Lucro, posteriormente à Lei n. 10.637, prescindindo-se de prévia autorização pela Receita Federal.

8. Não são aplicáveis à compensação de valores indevidamente recolhidos a título de Finsocial os limites percentuais das Leis ns. 9.032/1995 e 9.129/1995, cujo âmbito de incidência é restrito às contribuições arrecadadas pelo INSS.

9. Recurso especial da Fazenda parcialmente provido.

10. Recurso das autoras integralmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento integral ao recurso dos autores e parcial ao recurso da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

Publicado no DJ de 06.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trazem os autos dois recursos especiais, interpostos em face de acórdão da Primeira Turma do TRF da 2ª Região, cuja ementa é a seguinte:

Tributário — Compensação — Procedimento fiscal — Lei n. 9.032/1995.

I - Mantida restou a relação obrigacional de verter o Finsocial; inobstante o afastamento do art. 9º da Lei n. 7.689/1988, a relação obrigacional de pagar o gravame social questionado nos autos permanece, ainda que disciplinada por outros diplomas legais, no caso o Decreto-Lei n. 1.940/1982 e a posterior Lei Complementar n. 70/1991.

II - A Lei n. 9.032/1995 disciplina o procedimento fiscal da compensação. O que sob o enfoque constitucional torna-se necessário, assegurando à parte e ao Fisco o já denominado devido processo tributário” (fl. 218).

O primeiro recurso, de iniciativa da Fazenda Nacional (fls. 237/241) busca o afastamento da compensação do Finsocial com a Contribuição Social sobre o Lucro e com a Contribuição sobre a Folha de Salários, apontando violação ao art. 66 da Lei n. 8.383/1991, pela autorização de compensação entre tributos diferentes e pela aplicação, ao caso dos autos, da Lei n. 9.032/1995, que trata da compensação de contribuições arrecadadas pelo INSS. Alega-se, ainda, que, a teor do disposto no art. 170 do CTN, somente seria viável a compensação de créditos líquidos e certos, o que não existiria nos autos.

A esse recurso aderiram Prifarm Comércio de Material Médico e outros (fls. 258/266), nos moldes do art. 500 do CPC, aduzindo a não-aplicabilidade da Lei n. 9.032/1995 à compensação da Cofins, por ser essa contribuição tributo arrecadado pela Secretaria da Receita Federal. Afirmam os recorrentes que a citada lei disciplina tão-somente a compensação de contribuições arrecadadas pelo INSS, tendo havido, portanto, violação pelo acórdão ao art. 66 da Lei n. 8.383/1991, que seria o comando aplicável ao caso dos autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Inicialmente, cumpre ressaltar o fato de ser a compensação modalidade excepcional de extinção do crédito tributário. Isso porque, a despeito de ter a mesma eficácia constitutivo-negativa, seja quando se tratar de obrigações civis, seja em relação às fiscais, operando a extinção das obrigações, até o limite dos valores compensados, ao contrário do que ocorre com as obrigações civis, em que a compensação se opera **ipso jure**, tão pronto se configuram os requisitos estabelecidos no Código Civil (previstos nos arts. 368 a 380, que reproduzem, sem modificações de substância, os arts. 1.009 a 1.024 do Código de 1916), em relação aos créditos tributários a compensação, segundo o art. 170 do CTN, somente será cabível “nas condições e sob as garantias que (a lei) estipular, ou cuja estipulação em cada caso (a lei) atribuir à autoridade administrativa (...)”. Portanto, a compensação não é a forma comum para extinguir o crédito tributário, mas forma especial, subordinada às condições que lei própria venha a estabelecer, segundo critérios de conveniência fiscal e de política legislativa. Essa verdadeira reserva de discricionariedade, que era expressa no Código Civil de 1916 (art. 1.017: “As dívidas fiscais da União, dos Estados e dos Municípios também não podem ser objeto de compensação, exceto nos casos de encontro entre a administração e o devedor, autorizados nas leis e nos regulamentos da Fazenda”), foi reafirmada em episódio recente de modo muito ilustrativo. Como se sabe, o novo Código Civil, tal como sancionado, dispunha, em seu art. 374, que “A matéria da compen-

sação, no que concerne às dívidas fiscais e parafiscais, é regida pelo disposto neste Capítulo”. Essa tentativa de equiparar a compensação fiscal à civil, entretanto, não chegou a entrar em vigor, revogado que foi o dispositivo pela Medida Provisória 104, de 09.01.2003, convertida na Lei n. 10.677, de 22.05.2003. Mantém-se, portanto, o regime tradicional, segundo o qual a compensação, em matéria tributária, não é modalidade comum de extinção do crédito, mas modalidade especial, cuja instituição depende de lei, que fixará os critérios e condições em que ela poderá ocorrer.

Aliás, somente em época relativamente recente a compensação tributária foi introduzida em nosso direito, e se deu sob forma restrita. A Lei n. 8.383, de 30.12.1991, no seu art. 66, depois alterado pela Lei n. 9.069, de 29.06.1995, assim dispôs:

Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes.

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.

§ 2º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

§ 3º A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do imposto ou contribuição corrigido monetariamente com base na variação da Ufir.

§ 4º O Departamento da Receita Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo.

Relativamente às contribuições previdenciárias, outras limitações foram estabelecidas pelas Leis ns. 9.032/1995 e 9.129/1995 (que deram nova redação ao art. 89 da Lei n. 8.212/1991), limitações essas não apenas percentuais (§ 3º), mas também materiais (§§ 1º e 2º):

Art. 89. Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a Seguridade Social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social-INSS na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido. (*Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.1995*)

§ 1º Admitir-se-á apenas a restituição ou a compensação de contribuição a cargo da empresa, recolhida ao INSS, que, por sua natureza, não tenha sido transferida ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade. (*Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.1995*)

§ 2º Somente poderá ser restituído ou compensado, nas contribuições arrecadadas pelo INSS, o valor decorrente das parcelas referidas nas alíneas **a**, **b** e **c** do parágrafo único do art. 11 desta lei. *(Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.1995)*

§ 3º Em qualquer caso, a compensação não poderá ser superior a trinta por cento do valor a ser recolhido em cada competência. *(Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.1995)*

§ 4º Na hipótese de recolhimento indevido, as contribuições serão restituídas ou compensadas atualizadas monetariamente. *(Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.1995)*

§ 5º Observado o disposto no § 3º, o saldo remanescente em favor do contribuinte, que não comporte compensação de uma só vez, será atualizado monetariamente. *(Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.1995)*

§ 6º A atualização monetária de que tratam os §§ 4º e 5º deste artigo observará os mesmos critérios utilizados na cobrança da própria contribuição. *(Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.1995)*

§ 7º Não será permitida ao beneficiário a antecipação do pagamento de contribuições para efeito de recebimento de benefícios. *(Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.1995)*

Até dezembro de 1996, portanto, não havia base legal para o deferimento de compensação entre valores relativos a tributos diferentes. A teor do § 1º do art. 66 da Lei n. 8.383/1991, permitia-se a compensação entre “tributos e contribuições da mesma espécie”, considerando-se que “a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II - a destinação legal do produto da sua arrecadação” (art. 4º do CTN).

2. Em 27.12.1996, com o advento da Lei n. 9.430, surgiu a possibilidade de compensação de débitos e créditos originados de espécies tributárias distintas, mediante, contudo, autorização da Secretaria da Receita Federal, a requerimento do contribuinte:

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

O Decreto n. 2.138/1997, que regulamentou essa forma de compensação, em pelo menos dois artigos estatuiu claramente que a compensação seria realizada pela própria Receita Federal:

Art. 1º, parágrafo único: A compensação será efetuada pela Secretaria da Receita Federal, a requerimento do contribuinte ou de ofício, mediante procedimento interno, observado o disposto neste decreto.

Art. 3º A Secretaria da Receita Federal, ao reconhecer o direito de crédito do sujeito passivo para restituição ou ressarcimento de tributo ou contribuição, mediante exames fiscais para cada caso, se verificar a existência de débito do requerente, compensará os dois valores.

Com a edição da Lei n. 10.637, de 30.12.2002, dando nova redação ao art. 74 da Lei n. 9.430/1996, dispensou-se a prévia atuação da Secretaria da Receita Federal, considerando-se extinto o crédito compensado pelo contribuinte, sob condição resolutória de sua posterior homologação pela autoridade fiscal:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele órgão. *(Redação dada pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)*

§ 1º A compensação de que trata o **caput** será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados. *(Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)*

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. *(Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)*

§ 3º Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação. *(Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)*

I - o saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física; *(Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)*

II - os débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação. *(Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)*

§ 4º Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo. *(Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)*

§ 5º A Secretaria da Receita Federal disciplinará o disposto neste artigo. *(Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)*

3. Diante do quadro legislativo acima traçado, e se atendendo à regra geral segundo a qual a lei aplicável à compensação é a vigente na data do encontro entre os débitos e créditos, resulta que (a) até 30.12.1991, não havia, em nosso sistema jurídico, a figura da compensação tributária; (b) de 30.12.1991 a 27.12.1996, havia autorização legal apenas para a compensação entre tributos da mesma espécie, nos termos do art. 66 da Lei n. 8.383/1991; (c) de 27.12.1996 a 30.12.2002, era possível a compensação entre valores decorrentes de tributos distintos, desde que todos fossem administrados pela Secretaria da Receita Federal e que esse órgão, a requerimento do contribuinte, autorizasse previamente a compensação, consoante o estabelecido no art. 74 da Lei n. 9.430/1996; (d) a partir de 30.12.2002, com a nova redação do art. 74 da Lei n. 9.430/1996, dada pela Lei n. 10.637/2002, foi autorizada, para os tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, a compensação de iniciativa do contribuinte, mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação; (e) as limitações percentuais trazidas pelo art. 89 da Lei n. 8.212/1991, por expressa determinação do dispositivo, aplicam-se tão-somente às contribuições recolhidas ao INSS.

É de se ressaltar que as inovações legislativas do art. 74 da Lei n. 9.430/1996, em suas sucessivas redações, restringem-se aos tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, por expressa disposição desses preceitos. No que diz respeito às contribuições recolhidas ao INSS, portanto, segue vigente a sistemática do art. 66 da Lei n. 8.383/1991, aplicável a tributos pagos tanto à Receita Federal quanto ao INSS (**caput**), acrescida apenas da fixação de limites percentuais para a compensação, em cada competência, pelo art. 89 da Lei n. 8.212/1991, alterado pelas Leis ns. 9.032 e 9.129, ambas de 1995.

4. Assim sendo, é de ser provido, nessa parte, o recurso da Fazenda Nacional, para afirmar a impossibilidade de se compensarem créditos decorrentes de recolhimento indevido de Finsocial com débitos de Contribuição sobre a Folha de Salários, em razão de ser essa última arrecadada pelo INSS. É a jurisprudência firmada por precedentes entre os quais REsp n. 271.135/RS, Segunda Turma, Min. Peçanha Martins, DJ de 30.06.2003; REsp n. 496.203/RJ, Primeira Turma, Min. José Delgado, DJ em 09.06.2003. Quanto à compensação dos mesmos créditos com débitos referentes à Contribuição Social sobre o Lucro, somente será viável se o encontro de valores (débitos x créditos) for posterior à Lei n. 10.637, de 30.12.2002, caso em que pode ser promovida pelo contribuinte, prescindindo de prévia autorização pela Receita Federal.

5. Quanto às limitações percentuais estabelecidas pelas Leis ns. 9.032/1995 e 9.129/1995, tem-se-as como inaplicáveis à compensação de valores indevidamente

pagos a título de Finsocial, como é o caso dos autos, restringindo-se seu âmbito de incidência às contribuições para a seguridade social arrecadadas pelo INSS, como reiteradamente explicitado no art. 89 da Lei n. 8.212/1991.

6. No que se refere à necessidade de que sejam os créditos a compensar líquidos e certos, tem-se que a certeza, na hipótese dos autos, advém do reconhecimento, pelo acórdão, da existência de recolhimentos efetuados pelas empresas a título de Finsocial, combinada com a declaração da inconstitucionalidade da cobrança do tributo, a qual já foi, inclusive, objeto de pronunciamento pelo STF. Nesse sentido, o posicionamento adotado no julgado AgRg no REsp n. 218.808/SP, Primeira Turma, Min. José Delgado, DJ em 17.12.1999, segundo o qual “inegável a certeza do crédito, diante do posicionamento do colendo Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade do tributo discutido”.

E, com relação à exigência de que sejam líquidos os créditos que se pretendem utilizar na compensação, adota-se o entendimento no sentido de que “a averiguação da liquidez e da certeza dos créditos e débitos compensáveis é da competência da Administração Pública, que fiscalizará o encontro de contas efetuado pelo contribuinte, providenciando a cobrança de eventual saldo devedor” (REsp n. 234.688/PE, Segunda Turma, Min. Peçanha Martins, DJ em 23.05.2003). É essa a orientação que se depreende da Súmula n. 83 desta Corte, que dispõe que “o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”, e também das mais recentes inovações legais na matéria, consubstanciadas na nova redação do art. 74 da Lei n. 9.430/1996. Cabe ao Poder Judiciário, assim, declarar o direito à compensação e seu conteúdo (espécies tributárias compensáveis, limites percentuais aplicáveis, etc.), ressalvado à autoridade fiscal o poder de verificar as contas apresentadas pelo contribuinte.

7. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial da Fazenda, para julgar improcedente o pedido de compensação; e integral provimento ao recurso das empresas, para afastar a incidência das limitações impostas pelas Leis ns. 9.032/1995 e 9.129/1995 à compensação dos valores referentes ao Finsocial. Ante o sucumbimento parcial e mútuo das recorrentes, ficam distribuídos e compensados os ônus sucumbenciais, nos termos do art. 21 do CPC.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 416.701 — SC (2002/0022304-9)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Transportes Marvel Ltda

Advogado: Agnaldo Chaise

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros

EMENTA

Tributário. Certidão Negativa de Débito (CND). Recusa do Fisco na expedição. Crédito declarado em DCTF. Constituição do débito.

1. A Declaração de Contribuições e Tributos Federais — DCTF constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente à exigência do referido crédito, **ex vi** do art. 5º, § 1º, do DL n. 2.124/1984.

2. O reconhecimento do débito tributário pelo contribuinte, mediante a DCTF, com a indicação precisa do sujeito passivo e a quantificação do montante devido, equivale ao próprio lançamento, restando o Fisco autorizado a proceder à inscrição do respectivo crédito em dívida ativa. Assim, não pago o débito no vencimento, torna-se imediatamente exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte, sendo indevida a expedição de certidão negativa de sua existência.

3. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto por Transportes Marvel Ltda, com amparo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão que reconheceu ser legítima a recusa do Fisco de expedir a Certidão Negativa de Débito — CND diante da existência de débitos confessados através de DCTF, que elide a necessidade de constituição formal do débito.

Sustenta a recorrente que a decisão hostilizada violou o disposto no art. 142 do CTN ao pressupor a existência de crédito tributário sem que fosse realizado o lançamento do tributo, além de divergir da jurisprudência desta Corte no sentido de que não se justifica negativa de fornecimento da CND antes da constituição definitiva do crédito tributário.

Em contra-razões, a Fazenda Nacional aduz que, nos casos de autolancamento do débito, é desnecessária a instauração de procedimento administrativo para que seja considerado exigível o tributo.

Cumprе destacar que o Ministro Garcia Vieira, então Relator, negou seguimento ao presente recurso em decisão de fls. 190/191. No entanto, diante das razões expendidas no agravo regimental interposto pela Transportadora Marvel Ltda, ora recorrente, reconsiderou a decisão por entender cumprida a exigência do prequestionamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): Em relação aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, é ilegítimo o indeferimento de certidão negativa de débito quando, não tendo havido autolancamento pelo contribuinte, o Fisco também não efetua o lançamento de ofício.

Todavia, é diversa a situação verificada nos autos, quando o próprio contribuinte apresentou a Declaração de Contribuições e Tributos Federais — DCTF, documento que comunica a existência do crédito tributário, e que constitui “confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência do referido crédito” (art. 5º, § 1º, do DL n. 2.124/1984).

Desta forma, o reconhecimento do débito tributário pelo contribuinte, mediante a DCTF, com a indicação precisa do sujeito passivo e a quantificação do montante devido, equivale ao próprio lançamento, restando o Fisco autorizado a proceder à inscrição do respectivo crédito em dívida ativa.

Feita a declaração, haverá um débito formalizado e, portanto, certificável. Não pago no vencimento, torna-se imediatamente exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte, **ex vi** do art. 5º, § 2º, do citado decreto-lei: “Não pago no prazo estabelecido pela legislação, o crédito, corrigido monetariamente e acrescido da multa de 20% (vinte por cento) e dos juros de mora devidos, poderá ser imediatamente inscrito em Dívida Ativa, para efeito de cobrança executiva”. Assim, existindo débito fiscal exigível, é indevida a expedição de certidão negativa de sua existência. A propósito, cita-se os seguintes precedentes jurisprudenciais: Recursos Especiais ns. 445.561/SC, Primeira Turma, Min. José Delgado, DJ de 10.03.2003; 500.191/SP, Primeira Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 23.06.2003; e 281.867/SC, Segunda Turma, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 26.05.2003, este último ementado nos seguintes termos:

“Processual Civil e Tributário — Embargos à execução fiscal — IPI — Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) — Lançamento por homologação — Débito declarado — Constituição do crédito — Dissídio jurisprudencial não comprovado — Súmula n. 13 STJ — Violação a preceitos legais não configurada — Fundamentação deficiente — Inadmissibilidade — Precedentes.

(...) **omissis.**

— A título puramente elucidativo é pacífica a orientação deste Tribunal no sentido de que “nos tributos lançados por homologação, a declaração do contribuinte, através da DCTF, elide a necessidade da constituição formal de débito pelo Fisco podendo ser, em caso de não-pagamento no prazo, imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte” (REsp n. 445.561/SC, DJ de 10.03.2003).

— Recurso especial não conhecido.”

Pelas considerações expostas, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 443.910 — PR (2002/0079891-5)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Marcelo Coletto Pohlmann e outros

Recorrida: Paraná Refrigerantes S/A

Advogados: Geraldo Bemfica Teixeira e outros

EMENTA

Tributário. Imposto de renda pessoa jurídica. Operações financeiras. Provisões para créditos de liquidação duvidosa. Princípio da legalidade. Ato normativo que extrapola o conteúdo da lei a que visa complementar.

1. A base de cálculo é elemento **ad substantia** do tributo, por isso que, a instituição deste, em obediência ao princípio da legalidade, depende de “lei no seu sentido estrito”.

2. A fonte primária do direito tributário é a “lei” porquanto dominado esse ramo pelo “princípio da legalidade” segundo o qual não há tributo sem lei que o estabeleça, como consectário de que ninguém deve ser coativamente instado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

3. O aumento de um tributo implica em alterar a lei instituidora da exação, razão pela qual, somente por nova lei pode ser majorado. Equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

4. As normas complementares do direito tributário são de grande valia porquanto empreendem exegese uniforme a ser obedecida pelos agentes administrativos fiscais (art. 100, do CTN). Constituem, referidas normas, fonte do direito tributário porquanto integrantes da categoria “legislação tributária” (art. 96, do CTN).

5. O lucro real, que é a base de cálculo do IRPJ, é formado pela subtração do lucro operacional, que, por sua vez, a teor do art. 43, da Lei n. 4.506/1964, “será formado pela diferença entre a receita bruta operacional e os custos, as despesas operativas, os encargos, as *provisões* e as perdas autorizadas por esta lei”.

6. Ato normativo que veda a inclusão de outros créditos de liquidação duvidosa nas provisões das pessoas jurídicas, **in casu**, o ADN CST n. 34/1976, amplia a base de cálculo do imposto de renda, haja vista que impede a dedução daqueles do lucro operacional, em flagrante violação ao princípio da estrita legalidade.

7. A **ratio essendi** do art. 61, da Lei n. 4.506/1964, visa a encartar

à provisão as perdas de crédito não recebidas. As “frustrações de recebimento” não são lucros senão custos ou despesas, em contraposição às receitas.

8. O § 2º, do art. 61, da Lei n. 4.506/1964 excluiu da base de cálculo das provisões para créditos de liquidação duvidosa aqueles provenientes de vendas com reserva de domínio ou operações com garantia real, pelo que não poderia o ADN CST n. 34/1976 determinar a exclusão das aplicações financeiras, vedação não contemplada na lei.

9. A lei permitiu a fixação pela receita, através de norma regulamentar do “saldo adequado” aqui entendido como o percentual sobre o montante dos créditos frustrados. Não autorizou fossem criadas novas exceções à dedução das parcelas relativas às provisões de créditos de liquidação duvidosa por ato normativo, haja vista que somente a lei, em sentido estrito, poderia efetivar referida alteração

10. Em conseqüência, inexistente previsão legal, o disposto no ato declaratório normativo fere o princípio da estrita legalidade, regedor das normas de direito tributário, pelo que o recorrido agiu em conformidade com o ordenamento jurídico vigente à época.

11. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Luiz Fux, Relator

Publicado no DJ de 19.12.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: A Fazenda Nacional interpôs recurso especial, com fulcro na alínea **a**, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, contra

acórdão proferido em sede de apelação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 100):

“Tributário. IR. Provisão para créditos de liquidação duvidosa.

À exceção das exclusões determinadas no art. 61, § 2º, da Lei n. 4.506/1964 (vendas com reserva de domínio e com garantia real), nenhuma outra exclusão pode ser aceita e determinada pela autoridade administrativa, cuja atividade encontra limite nos termos da lei.”

Versam os autos ação anulatória de débito fiscal onde se pleiteia a nulidade da glosa efetivada pelo fisco, nas declarações de IRPJ de 1985 a 1988, com base em ato normativo, atinente à provisão para créditos de liquidação duvidosa, prevista no art. 60, I, da Lei n. 4.506/1964, haja vista que a única limitação legal consta do art. 61, § 2º, do mesmo diploma.

O r. juízo monocrático julgou procedente o pedido constante da inicial para declarar nulo o lançamento efetuado contra o autor, nos seguintes termos (fls. 78/80):

“(…)

O **caput** do art. 61, da Lei n. 4.506/1964, sugere uma noção casuística de provisão para créditos de liquidação duvidosa, relacionando-a à absorção de perdas prováveis (A importância dedutível como provisão para créditos de liquidação duvidosa será a necessária a tornar a provisão suficiente para absorver as perdas que provavelmente ocorrerão no recebimento dos créditos existentes ao fim de cada exercício).

Tal noção casuística, entretanto, dirige-se não ao particular, mas ao regulamentador do saldo da provisão, que está referido no parágrafo 1º do artigo (o saldo adequado da provisão será fixado periodicamente pela Divisão do Imposto de Renda,...).

Já o parágrafo 2º, do mesmo art. 61, estabelece um critério objetivo abstrato, constante da percentagem de 3% sobre o montante dos créditos da empresa, excluídos alguns específica (**sic**) (enquanto não forem fixadas as percentagens previstas no parágrafo anterior, o saldo adequado da provisão será de 3% (três por cento) sobre o montante dos créditos, excluídos os provenientes de rendas com reserva de domínio, ou de operações com garantia real, podendo essa percentagem ser excedida até o máximo da relação observada nos últimos 3 (três) anos, entre os créditos não liquidados e o total dos créditos da empresa).

Há que se convir que a proporção três para cem é baixa. Isto significa que o critério do legislador foi de proporcionalidade e não de probabilidade.

Se os créditos admitidos como base de cálculo da provisão fosse de inadimplência provável (alto risco), certamente a percentagem fosse (**sic**) bem superior.

Além disso, o dispositivo é absolutamente claro ao referir-se ao ‘montante dos créditos’, sem discriminar créditos que não os indicados.

A decisão administrativa dada ao caso, no sentido de admitir na base de cálculo da provisão apenas os créditos de origem operacional e de indiscutível risco, deixa o âmbito interpretativo para inserir-se, ilegalmente, no âmbito legislativo.

Portanto, julgo procedente a ação, para declarar nulo o lançamento efetuado contra o autor e, assim, inexigível. Condene a ré a ressarcir ao autor as custas processuais e a pagar-lhe honorários advocatícios no valor de vinte salários mínimos. Transitada em julgado esta, autorizo o levantamento dos valores depositados em garantia do juízo.

(...)”

Irresignada, apelou a Fazenda Nacional, tendo o Tribunal de origem, à unanimidade, negado provimento ao recurso e à remessa oficial, nos termos da ementa supratranscrita.

Opostos embargos de declaração, apontando omissão quanto à análise dos arts. 96 e 100, I, do CTN, restaram os mesmos rejeitados, nos termos da seguinte ementa:

“Processo Civil. Embargos de declaração. Prequestionamento.

Se não houve prequestionamento expresso anterior ao acórdão e a necessidade de prequestionar não nasceu dos termos do acórdão, então está preclusa a possibilidade de prequestionar.”

No presente recurso especial alega a Fazenda Nacional que o acórdão recorrido negou vigência aos seguintes dispositivos legais:

a) art. 61, **caput** e §§ 1^o e 2^o, da Lei n. 4.506/1964:

“Art. 61. A importância dedutível como provisão para créditos de liquidação duvidosa será a necessária a tornar a provisão suficiente para absorver as perdas que provavelmente ocorrerão no recebimento dos créditos existentes ao fim de cada exercício.

§ 1^o O saldo adequado da provisão será fixado periodicamente pela Divisão do Imposto de Renda, a partir de 1^o de janeiro de 1965, para vigorar durante o prazo mínimo de um exercício, como percentagem sobre o montante dos créditos verificados no fim de cada ano, atendida a diversidade de operações e excluídos os de que trata o § 4^o.

§ 2º Enquanto não forem fixadas as percentagens previstas no parágrafo anterior, o saldo adequado da provisão será de 3% (três por cento) sobre o montante dos créditos, excluídos os provenientes de vendas com reserva de domínio, ou de operações com garantia real, podendo essa percentagem ser excedida até o máximo da relação, observada nos últimos 3 (três) anos, entre os créditos liquidados e o total dos créditos da empresa”.

b) arts. 96 e 100, do CTN:

“Art. 96. A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.”

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.”

Aduz, em síntese, que não há ilegalidade no ADN CST n. 34/1976 pois referido ato normativo limitou-se a detalhar o alcance dos termos da Lei n. 4.506/1964, em observância aos arts. 96 e 100, do CTN, ao determinar que as aplicações financeiras de qualquer espécie devem ser excluídas da base de cálculo da provisão tendo em vista que não se referem à atividade operacional da empresa e não apresentam riscos de recebimento.

Contra-razões apresentadas pugnando pelo não-conhecimento do recurso, ante a ausência de fundamentação quanto às violações apontadas, a ausência de prequestionamento dos arts. 96 e 100, do CTN e dos parágrafos do art. 61, da Lei n. 4.506/1964, ou, se conhecido, pelo seu improvimento, haja vista que a recorrida procedeu de acordo com a lei (art. 221, do RIR/1980 e arts. 60 e 61, da Lei n. 4.506/1964), e não com suporte em mero ato declaratório como pretende a Fazenda recorrente. Em suas palavras:

“(…)

A controvérsia, bem dirimida pela r. sentença, prende-se à ‘provisão para créditos de liquidação duvidosa’, entendendo o Fisco por glosar alguns valores com ‘suporte’ em um ‘Ato Declaratório’, enquanto que a apelada procedeu em conformidade com a lei.

O primeiro diploma legal ao tratar da matéria foi a Lei n. 4.506/1964, cujo sistema foi posteriormente incorporado pelo Regulamento do Imposto de Renda aplicável à época, no seu artigo 221. Determina a citada Lei rir (**sic**). 4.506/1964:

‘Art. 61. A importância dedutível como provisão para créditos de liquidação duvidosa será a necessária a tornar a provisão suficiente para absorver as perdas que provavelmente ocorrerão no recebimento dos créditos existentes ao fim de cada exercício.

§ 2º Enquanto não forem fixadas as percentagens previstas no parágrafo anterior, o saldo adequado da provisão será de 3% (três por cento) sobre o montante dos créditos, excluídos os provenientes de vendas com reserva de domínio, ou de operações com garantia real, podendo essa percentagem ser excedida até o máximo da relação, observada nos últimos 3 (três) anos, entre os créditos liquidados e o total dos créditos da empresa.’

O Regulamento do Imposto de Renda da época, como supra exposto, manda aplicar o disposto na Lei rir. (**sic**) 4.506/1964:

‘Art. 221. Poderão ser registradas, como custo ou despesa operacional, as importâncias necessárias à formação de provisão para créditos de liquidação duvidosa (Lei n. 4.506/1964, art. 60, I).’

Impende considerar que, fora as restrições da lei específica, no Regulamento do Imposto de Renda outra restrição foi incluída (vendas com alienação fiduciária em garantia), embora tal não decorresse de lei, podendo ser contestada. Desta forma, de acordo com a legislação, somente não poderiam compor a base de cálculo da provisão os seguintes créditos: a) vendas com reservas de domínio; b) operações com garantia real, e c) vendas com alienação fiduciária em garantia.

Todos os demais créditos, pelo texto de lei, poderiam ser utilizados como base de cálculo. E foi assim que a recorrida procedeu, porque somente a lei pode determinar e obrigar, como aliás, decorre do princípio constitucional da legalidade.

Entretanto, a autoridade fiscal exigiu os valores tomando como suporte não a lei, mas o 'Ato Declaratório Normativo CST n. 34/1976', que, usurpando os poderes do legislador, determinou que somente os créditos oriundos da atividade operacional da empresa poderiam compor a base de cálculo da provisão para créditos de liquidação duvidosa.

Agora, insiste a União nesse entendimento do Fisco, o qual não pode prevalecer, como aliás, bem determinado em sentença, porque os valores que a apelada utilizou para a base de cálculo foram aqueles permitidos na lei, não podendo a norma meramente administrativa citada modificá-la, ampliando indevidamente seu conteúdo.

Ora, a lei não manda excluir da base de cálculo as verbas que o mesmo glosou. Não existe suporte legal para sustentar a exigibilidade fiscal. A lei utiliza a palavra 'créditos', não podendo o intérprete, com base em mero ato declaratório, reduzir a sua aplicação. À exceção das exclusões determinadas em lei (vendas com reserva de domínio e com garantia real), nenhuma outra exclusão pode ser aceita e determinada pela autoridade administrativa, cuja atividade encontra limite nos termos da lei.

(...)

Além disso, o dispositivo é absolutamente claro ao referir-se ao 'montante dos créditos', sem discriminar créditos que não os indicados (sentença, fl. 79 — sem destaque no original).

(...)"

Realizado o juízo de admissibilidade positivo, pela instância de origem, ascenderam os autos ao egrégio STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, verifica-se a ausência de prequestionamento dos arts. 96 e 100, do CTN, haja vista que o acórdão recorrido, em nenhum momento, manifestou-se quanto à matéria de referidos preceitos legais, nem mesmo quando provocado por meio dos embargos de declaração.

É de sabença que nos casos em que o tribunal de 2ª instância se nega a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros, embora provocado via embargos declaratórios, deve a recorrente especial alegar contrariedade ao art. 535 do CPC, pleiteando a anulação do acórdão proferido quando do julgamento dos embargos, em vez de insistir na tese da violação do dispositivo legal não apreciado.

Incide, assim, o óbice do enunciado da Súmula n. 211 do STJ, **verbis**:

“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal **a quo**.”

Não obstante, a tese sustentada nos referidos dispositivos resta por ser analisada, haja vista que o tema versa o princípio da legalidade e o que se discute é se um ato normativo menor componente do gênero “Legislação Tributária”, ao reproduzir o objeto da lei, afrontou-a.

No que pertine à alegação constante das contra-razões da recorrida de que os parágrafos do art. 61, da Lei n. 4.506/1964, não foram prequestionados, a sua improcedência, é manifesta, tanto mais que a matéria versada nos referidos preceitos foi devidamente ventilada no voto-condutor do aresto hostilizado, pelo que, nesta parte, o recurso merece ser conhecido.

Meritoriamente, sustenta a Fazenda Nacional que a glosa efetuada nas declarações do IRPJ de 1985 a 1988 da recorrida se fez com base no ADN CST n. 34/1976, que se limitou a detalhar o alcance dos termos da Lei n. 4.506/1964, ao determinar que as aplicações financeiras de qualquer espécie deveriam ser excluídas da base de cálculo da provisão tendo em vista que não se referem à atividade operacional da empresa e não apresentam riscos de recebimento.

Inicialmente, assente-se que “atos meramente administrativos” não podem determinar base de cálculo inexistente em lei.

Deveras, a base de cálculo é elemento **ad substantia** do tributo, por isso que, a instituição deste em obediência ao princípio da legalidade, depende de “lei no seu sentido estrito”.

Sob essa ótica, é uníssona a doutrina ao distinguir lei e legislação tributária, esta, interdita quanto à criação de tributo e, **a fortiori**, também no que concerne à ampliação da base de cálculo.

Conforme sabido, a fonte primária do direito tributário é a “lei” porquanto dominado esse ramo pelo “princípio da legalidade”. Segundo esse cânone, não há tributo sem lei que o estabeleça, como consectário de que ninguém deve ser coativamente instado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Deveras, no campo tributário impõe-se distinguir a “lei” da “legislação tributária” cuja acepção é mais ampla do que a daquela. Consoante observar-se-á, no afã de explicitar os comandos legais, vale-se o legislador tributário não só da lei no sentido formal, mas também de outros atos materialmente legislativos, como os decretos, as circulares, portarias, etc., sem considerarmos, na atualidade, a profusão das “medidas provisórias”, retratos atualizados dos antigos decretos-lei.

Nesse sentido dispõe o Código Tributário Nacional:

Art. 96 - A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

O princípio da legalidade tributária faz da lei a fonte principal dos tributos.

A Constituição Federal, fonte primacial de todas as leis, dispõe no seu art. 150

verbis:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.”

Nesse segmento, complementa o preceito constitucional a norma do art. 97, do CTN :

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do art. 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

Esse princípio da legalidade tributária figura, ele próprio, como garantia do cidadão, insuperável até mesmo por razões especiais, por isso que, nem os tributos por motivo de guerra podem ser instituídos independentemente de lei.

Mister destacar que por vezes, a própria lei não apresenta normatividade sufi-

ciente, reclamando regras outras que a explicitem. De toda sorte, o tributo em si com todos os seus elementos constitutivos vem definido na lei, cabendo à regra secundária; e que por isso também é fonte do direito tributário, especificar detalhes que escaparam à norma primária.

A gradação entre as leis, segundo o processo legislativo a que se submetem é de extrema importância para o direito tributário, uma vez que o princípio da legalidade reclama obediência a essas “reservas legais”. Assim, o que pode ser objeto de lei ordinária não pode sê-lo de lei complementar e vice-versa.

Nesse segmento, a Constituição Federal é expressa ao dispor:

“Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.”

Esse aspecto formal, singulariza a lei complementar, posicionando-a com destaque na pirâmide das regras jurídicas destinadas a regular, dentre alguns temas, situações relevantes para o direito tributário.

Peculiaridade deveras excepcional encontra-se no nosso Código Tributário. É que, originariamente, o mesmo foi promulgado por lei ordinária. Não obstante, versa matéria reservada à lei complementar. Por essa razão, assumiu essa eminência incontestada, de tal sorte que se afirma recepcionado como lei complementar e só por aquele **quorum** constitucional pode ser alterado.

Isto porque, dispõe a Constituição Federal que cabe à lei complementar, dentre outras atribuições estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

- a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
- c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. (art. 146 da CF).

Por seu turno, o Código Tributário Nacional, no seu primeiro dispositivo asenta:

“Art. 1º Esta lei regula, com fundamento na Emenda Constitucional n. 18, de 1º de dezembro de 1965, o sistema tributário nacional e estabelece, com fundamento no art. 5º, XV, **b**, da Constituição Federal, as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem prejuízo da respectiva legislação complementar, supletiva ou regulamentar.”

Essa a razão pela qual o CTN adquiriu o **status** de lei complementar e como tal dever ser tratado nos seus aspectos materiais e formais.

Destarte, muito embora a lei complementar figure como pré-requisito para a criação de alguns tributos, em regra essa instituição perfaz-se por lei ordinária.

Assim, **v.g.**: o aumento de um tributo implica em alterar a lei instituidora da exação, razão pela qual, somente por nova lei pode ser majorado. Entretanto, forçoso relembrar que, por um lado, equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso e por outro, não constitui majoração de tributo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo. (Art. 97 §§ 1^o e 2^o do CTN).

Interessante “mitigação” ao princípio consagra a Carta Magna ao dispor no art. 153, § 1^o:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III - renda e proventos de qualquer natureza;

IV - produtos industrializados;

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

VI - propriedade territorial rural;

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

§ 1^o É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.”

Observe-se que o rompimento da legalidade tributária nesses casos é tênue porquanto os tributos mencionados são criados por lei e a alteração das alíquotas, mercê de empreendida pelo Poder Executivo, obedece à lei que lhe impõe condições e limites.

Apona-se, ainda, no campo da mitigação do princípio a possibilidade de edição de “resolução” do Senado Federal no estabelecimento de alíquotas, nas condições previstas no artigo 155, § 2^o, da CF.

As leis tributárias, em regra, consagram os princípios básicos acerca de determinado tributo, relegando a um ato do Poder Executivo das respectivas esferas

donde proveio a lei(federal, estadual ou municipal) a sua regulamentação amiúde. Esse ato é o denominado decreto regulamentar, ou simplesmente, regulamento, como **v.g.**; o regulamento do imposto de renda.

Os regulamentos destinam-se, assim, à especificação da execução da lei nos seus mínimos detalhes, sem alterar-lhe , contudo, a previsão genérica. Atuam para explicitá-la mas não para suprir as suas lacunas.

Em regra, somente as leis executadas pela Administração e que não são auto-suficientes é que são regulamentadas; as aplicáveis pelo Poder Judiciário apresentam normatividade integral. Por isso, **v.g.**; o Código Civil não é passível de regulamentação senão de interpretação ou integração pelo próprio aplicador.

Sob o prisma objetivo são “atos administrativos com conteúdo de lei”.

Assim é que dispõe o art. 84 da CF:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”

A “fiel execução” repassa a idéia de que o regulamento exterioriza a **mens legislatoris**, insindicável na sua aplicação.

Por essa razão, diz-se que na parte em que o regulamento, afastando-se da lei, cria direito novo, é inconstitucional, posto invasivo da função reservada ao Poder Legislativo. Está assim, o regulamento subordinado ao princípio da legalidade ou da reserva de lei. A hierarquia normativa impõe-no restringir-se às especificações práticas da lei.

Não é por outra razão que a Carta Federal no art. 49, inciso V, autoriza o Congresso Nacional a “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

Na mesma esteira o CTN dispõe:

“Art. 99. O conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta lei.”

Na prática deste ato materialmente legislativo, “o decreto aprova o regulamento que o acompanha”. O decreto, no âmbito federal, é ato do Presidente, e o regulamento, ato do integrante do Poder Executivo incumbido, **interna corporis**, de elaborá-lo.

A mesma sistemática pode ser adotada no âmbito das demais unidades da Federação, com a edição de regulamentos estaduais e municipais.

Deveras, comum no sistema da Administração as “instruções normativas” fazerem às vezes dos regulamentos e por isso, como tais são tratadas.

Não obstante a regra seja a edição de regulamentos de execução, aduz-se a “regulamentos autônomos”, os quais, como evidente não podem instituir tributos, senão atuar em espaço inocente não reservado à lei.

O regulamento de execução explicita a forma de atuar da lei na prática tributária, encerrando interpretação autêntica e contemporânea ao diploma base.

Em face dessa sua adstrição é princípio assente a sua inaptidão para criar direitos e deveres, como isenções fiscais, previsão de infrações e sanções respectivas. Não obstante, mister observar que como decorrência da presunção de legitimidade do ato administrativo e em prol do contribuinte, dispõe o CTN que:

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.”

Questão regulamentar elegante é a que pertine à criação, mesmo inconstitucional, de benefício fiscal através do regulamento.

Sustenta-se em boa sede doutrinária que o princípio da legalidade defende o contribuinte mas não pode ser utilizado em seu desfavor. Em consequência, o favor fiscal perduraria até a declaração de inconstitucionalidade do ato regulamentar, respeitadas os direitos adquiridos.

Entendemos que o defeito não se convalida, máxime porque, os benefícios contra o fisco reclamam sempre interpretação restritiva, na forma do art. 111 do CTN. Deveras, regulamento contra ou acima da lei, não cria direitos, não obriga, nem prevalece.

Outra questão constante é a referente à possibilidade de o regulamento exacerbar a base de cálculo via operação de atualização.

A matéria vem elucidada no art. 97 do CTN que após assentar a regra de que “somente a lei pode estabelecer a instituição de tributos, ou a sua extinção; a majoração de tributos, ou sua redução, a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo; a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas; e as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

Esclarece que não obstante equiparar-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso, a isso não equivale a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

A jurisprudência entretanto vem consagrando a tese de que a correção há de estar prevista na lei instituidora da exação e o decreto regulamentar há de explicitar o **quantum** previsto e os critérios adotados.

A lei em regra prevê o regulamento subsequente, sendo certo que, se determinada previsão constitucional relega a sua especificação infraconstitucional à “lei regulamentadora”, essa expressão há de ser entendida à luz do princípio da reserva legal, vetada a edição de “regulamento autônomo”.

Além da função de explicitação da lei, os decretos servem a algumas finalidades não encartadas na “reserva legal”.

Assim é que “é facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V”. (Art. 153, § 1º da CF).

Essa faculdade decorre da natureza dos tributos, da sua função extrafiscal e da necessidade de dotar-se o Poder Executivo de um instrumento mais ágil do que o que se submete ao processo legislativo ordinário para regular a vida econômica do País. Por essa razão, é possível, por decreto alterar as alíquotas do imposto de importação, exportação, IOF etc.

A validade formal do regulamento exige publicação do decreto instituidor e referendo da autoridade administrativa incumbida de velar pela sua execução “na área de sua competência”.

Di-lo o artigo 87, parágrafo único, da Constituição Federal:

“Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos”.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração Federal na área de sua competência e ‘referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República’”(destaque nosso).

As normas complementares do direito tributário são de grande valia porquanto empreendem exegese uniforme a ser obedecida pelos agentes administrativos fiscais são assim consideradas pelo art. 100 do Código Tributário Nacional:

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”.

Em conseqüência, as normas complementares assim consideradas constituem fonte do direito tributário porquanto integrantes da categoria “legislação tributária”. Nesse sentido dispõe o artigo 96 do CTN: “a expressão ‘legislação tributária’ compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as *normas complementares* que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes”.

O dispositivo ao distinguir leis e normas complementares timbra a diferença entre a fonte ora enfocada e as leis complementares à Constituição.

As normas complementares apresentam pontos comuns com os decretos posto “complementarem” a legislação, sem dela fugir e encerram atos subjetivamente administrativos e materialmente legislativos.

Considerando que podem complementar decretos, situam-se abaixo deles na pirâmide hierárquica das normas jurídicas .

Muito embora a norma complementar não possa invadir o espaço de reserva de lei, se o fizer e o contribuinte segui-la, a presunção de legitimidade dos atos administrativos implica em que a observância da regra complementar exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, na forma do parágrafo único do citado art. 100 do CTN.

Uma das normas consideradas “complementares” são as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa.

Essas decisões são fruto de deliberações colegiadas ou singulares dos órgãos administrativos incumbidos de decidir litígios fiscais ainda na esfera extrajudicial. A atribuição de eficácia normativa a essas decisões é que lhes empresta caráter de “norma complementar tributária”. Pertence a essa categoria, também, os “pareceres normativos” oriundos de consultas e com função uniformizadora.

A consagração dessa fonte revela um aspecto paradoxal do sistema. É que o direito brasileiro adota a “unidade da jurisdição” posto não integrar essa função estatal o denominado “contencioso administrativo”.

Nada obstante, as decisões oriundas desses contenciosos adquirem, por força de lei, a categoria de fontes do direito, enquanto que a “jurisprudência dos Tribunais”, em si, não são assim consideradas em razão da tripartição constitucional dos poderes.

Como de sabinça, a jurisprudência vale para o caso concreto.

Deveras, as novas técnicas processuais de agilização da prestação da jurisdição vêm introduzindo notáveis modificações calcadas na “força da jurisprudência”, admitindo decisões monocráticas dos órgãos colegiados, quando a decisão objeto do recurso ou está conforme a jurisprudência ou confronta com a mesma. Exemplos dessa nova estratégia processual vêm previstos nos artigos 557 e 544 do CPC.

Assim, muito embora formalmente a jurisprudência não seja fonte consagrada, a sua função uniformizadora e complementar é inegável.

Deveras, considere-se a proposta iminente da implantação da súmula vinculante, a equiparar o sistema brasileiro do *civil law* ao anglo-saxônico do *common law* (precedente judiciário).

Acerca delas dispõe o art. 146 do CTN que: “a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do ‘lançamento’ somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”.

Magnífico exemplo de que nalguns ramos como o comercial, o costume é fonte do direito, é conferido pelo direito tributário ao considerar norma complementar “as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas”. Assim, **v.g.**; se é prática a remessa dos carnês de pagamento do tributo, não é crível que se imponha sanção ao contribuinte que não foi buscar o documento, na reparação, ao implemento fiscal.

O costume é servil ao particular na demonstração de que agiu consoante à administração tributária sempre admitiu, viabilizando a exclusão de sanções.

A função expressiva do costume é a sua manifestação de cunho interpretativo, revelando, através da praxe tributária a exegese que a Administração empresta ao instituto.

Normas complementares de utilização constante são “os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas” e “os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”. Os primeiros consubstanciados em portarias, ordens de serviço, instruções normativas etc.

Em regra essas portarias e circulares são normas dirigidas aos órgãos administrativos subordinados, as servem às defesas em juízo sobre a adequação da conduta da Administração ou dos administrados em relação ao seu conteúdo.

Os convênios distinguem-se das normas complementares, em regra **erga omnes** posto serem **res inter alios**.

Exemplos de convênios fornecidos pelo CTN são: I) os firmados pela Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios visando à prestação mútua de assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações inclusive com Estados estrangeiros (art. 199 do CTN); II) os firmados pelos Estados pertencentes a uma mesma região geoeconômica para o estabelecimento de alíquota uniforme para o ICMS; III) os firmados pelo Poder Executivo com os Estados, para excluir ou limitar a incidência do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias, no caso de exportação para o Exterior. (Artigos 213 e 214 do CTN).

Nesse passo, leciona **Hugo de Brito Machado**, in “Curso de Direito Tributário”, Malheiros, 20ª ed., 2001, pp. 81/82, quanto à submissão dos atos normativos à lei:

“(…)

Não há de se confundir normas complementares com leis complementares. As primeiras são as de que trata o art. 100 do CTN, enquanto as últimas são complementares da Constituição Federal e estão em plano hierárquico superior às próprias leis ordinárias.

As normas complementares são, formalmente, atos administrativos, mas materialmente são leis. Assim se pode dizer que são leis em sentido amplo e estão compreendidas na legislação tributária, conforme, aliás, o art. 96 do CTN determina expressamente.

Diz-se que são complementares porque se destinam a completar o texto das leis, dos tratados e convenções internacionais e decretos. Limitam-se a completar. Não podem inovar ou de qualquer forma modificar o texto da norma que complementam. Além de não poderem invadir o campo da reserva

legal, devem observância também aos decretos e regulamentos, que se colocam em posição superior porque editados pelo Chefe do Poder Executivo, e a este os que editam as normas complementares são subordinados.

(...)

Como regras jurídicas de categoria inferior, as normas complementares evidentemente não podem modificar as leis, nem os decretos e regulamentos. Por isso não asseguram ao contribuinte o direito de não pagar um tributo que seja efetivamente devido, nos termos da lei. Mas, se o não-pagamento se deveu à observância de uma norma complementar, o contribuinte fica a salvo de penalidades, bem como da cobrança de juros moratórios e correção monetária. O art. 100 do CTN assim o determina. Não seria justo punir o contribuinte que se conduzir de acordo com a norma, embora ilegal, editada pela própria Administração Tributária.

(...)”

Na mesma obra, referido autor traça a diferenciação das expressões “Lei” e “Legislação Tributária” e trata do Princípio da Legalidade, nos seguintes termos (ob. cit. pp. 71/72 e pp. 74/76):

“1. Lei e Legislação

De acordo com a terminologia adotada pelo Código Tributário Nacional, lei e legislação tributária não se confundem. Para melhor entender a distinção, recorde-se o significado da palavra lei.

Em sentido formal, lei é o ato jurídico produzido pelo Poder competente para o exercício da função legislativa, nos termos estabelecidos pela Constituição. Diz-se que o ato tem a forma de lei. Foi feito por quem tem competência para fazê-lo, e na forma estabelecida para tanto, pela Constituição. Nem todos os atos dessa categoria, entretanto, são leis em sentido material.

Em sentido material, lei é o ato jurídico normativo, vale dizer, que contém uma regra de direito objetivo, dotada de hipoteticidade. Em outras palavras, a lei, em sentido material, é uma prescrição jurídica hipotética, que não se reporta a um fato individualizado no tempo e no espaço, mas a um modelo, a um tipo. É uma norma. Nem sempre as leis em sentido material são leis em sentido formal.

Assim, a palavra lei tem um sentido amplo e outro restrito. Lei, em sentido amplo, é qualquer ato jurídico que se compreenda no conceito de lei em sentido formal ou em sentido material. Basta que seja lei formalmente, ou materialmente, para ser lei em sentido amplo. Já em sentido restrito só é a lei aquela que o seja tanto em sentido formal como em sentido material.

No Código Tributário Nacional, a palavra lei é utilizada em seu sentido restrito, significando regra jurídica de caráter geral e abstrato, emanada do Poder ao qual a Constituição atribui competência legislativa, com observância das regras constitucionais pertinentes à elaboração das leis. Só é lei, portanto, no sentido em que a palavra é empregada no CTN, a norma jurídica elaborada pelo Poder competente para legislar, nos termos da Constituição, observado o processo nesta estabelecido.

Já a palavra legislação, como utilizada no CTN, significa lei em sentido amplo, abrangendo, além das leis em sentido restrito, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes. É o que dispõe o art. 96 do CTN. Mas isso não significa dizer que também as próprias disposições constitucionais, dos atos e das leis complementares, dos decretos-leis, convênios interestaduais e outros atos normativos pertinentes à matéria não se compreendem no conceito de legislação tributária. O disposto no art. 96 do CTN não tem o sentido de restringir o conceito de legislação tributária, mas de mostrar sua amplitude em comparação com o conceito de lei tributária.

A distinção entre lei e legislação é de grande relevância na interpretação do Código Tributário Nacional.

(...)

3. Princípio da Legalidade

(...)

Recorde-se que o princípio da legalidade é, no plano do Direito Constitucional, o princípio pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. No Direito Tributário tem-se uma especificação desse princípio, que se costuma chamar princípio da legalidade tributária, significando que nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que o seja por lei.

Segundo o art. 97 do CTN, somente a lei pode estabelecer:

- a) a instituição de tributos ou sua extinção;
- b) a majoração de tributos ou sua redução, com as ressalvas que indica;
- c) a definição do fato gerador da obrigação principal e do seu sujeito passivo;
- d) a fixação da alíquota do tributo e de sua base de cálculo, com as ressalvas que menciona;

e) a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

f) as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou dispensa ou redução de penalidades.

Equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo que importa torná-lo mais oneroso (art. 97, § 1^o), mas não a simples atualização monetária (art. 97, § 2^o).

(...)

Quanto à instituição e à extinção do tributo não há ressalvas. Até mesmo o imposto especial, lançado por motivo de guerra, está sujeito ao princípio da legalidade. Só por lei pode ser o tributo criado ou extinto (CTN, art. 97, I). Lei, em sentido restrito, da entidade titular da competência tributária respectiva. O tributo federal só por lei da União pode ser criado ou extinto. O estadual, só por lei do Estado, e o municipal, só por lei do Município respectivo.

Em casos especiais, expressamente indicados pela Constituição, o tributo só pode ser criado por lei complementar. A regra geral, todavia, é de que a lei ordinária é o instrumento hábil para a criação do tributo.

(...)

O tributo criado por lei só por lei pode ser aumentado. Nem seria necessário que a Constituição fosse explícita no pertinente ao aumento. Aumentar o tributo é modificar a lei que o criou, e uma lei só por outra pode ser modificada. A explicitude da Constituição decorre certamente da forma pela qual o princípio da legalidade estava em Constituições anteriores, conectado, no mesmo sentido, com o princípio da anterioridade, ao qual eram feitas ressalvas.

(...)

O princípio da legalidade diz respeito ao instrumento jurídico utilizado para a criação ou aumento dos tributos. Esse instrumento há de ser a lei. Não outro ato normativo. As ressalvas a esse princípio, portanto, dizem respeito ao instrumento jurídico. Implicam admitir-se o aumento de tributo por ato diverso da lei, bastando que esta estabeleça as condições e os limites dentro dos quais o Poder Executivo poderá alterar as alíquotas respectivas...

(...)”

Por oportuno, ressalte-se a lição de **Roque Antônio Carrazza**, in “Curso de Direito Constitucional Tributário”, Malheiros, 17^a ed., 2001, (pp. 216/226), ao dissertar sobre a estrita observância do Princípio da Legalidade:

“(…)

O princípio da legalidade, em matéria tributária, domina, na maioria dos países, o tema inteiro, tanto que costuma ser expresso no aforismo **nullum vectigal sine lege**. Com isso queremos significar que a pretensão estatal, neste setor, se exerce, nos Estados do chamado mundo ocidental, por um interesse público e nasce de uma relação jurídica, cuja fonte exclusiva é a lei.

No campo tributário, o princípio da legalidade ‘trata de garantir essencialmente a exigência de auto-imposição, isto é, que sejam os próprios cidadãos, por meio de seus representantes, que determinem a repartição da carga tributária e, em consequência, os tributos que, de cada um deles, podem ser exigidos’.

Assim, o patrimônio dos contribuintes só pode ser atingido nos casos e modos previstos na lei, que deve ser geral, abstrata, igual para todos (art. 5º, I e art. 150, II, ambos da CF), irretroativa (art. 150, III, **a**, da CF), não-confiscatória (art. 150, IV, da CF) etc.

O tributo, pois, deve nascer da lei (editada, por óbvio, pela pessoa política competente).

Tal lei deve conter todos os elementos e supostos da norma jurídica tributária (hipótese de incidência do tributo, seus sujeitos ativo e passivo e suas bases de cálculo e alíquotas), não se discutindo, de forma alguma, a delegação, ao Poder Executivo, da faculdade de defini-los, ainda que em parte. Remarcamos ser de exclusividade da lei, não só a determinação da hipótese de incidência do tributo, como também, de seus elementos quantitativos (base de cálculo e alíquota).

Resta evidente, portanto, que o Executivo não poderá apontar — nem mesmo por delegação legislativa — nenhum aspecto essencial da norma jurídica tributária, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Não discrepa desta linha **Paulo de Barros Carvalho**: ‘Assinale-se que à lei instituidora do gravame é vedado deferir atribuições legais a normas de inferior hierarquia, devendo, ela mesma, desenhar a plenitude da regra matriz da exação, motivo porque é inconstitucional certa prática, cediça do ordenamento brasileiro, e consistente na delegação de poderes para que órgãos administrativos completem o perfil dos tributos. É o que acontece com diplomas normativos que autorizam certos órgãos da Administração Pública Federal a expedirem normas que dão acabamento à figura tributária concebida pelo legislador ordinário. Mesmo nos casos em que a Constituição dá ao Executivo

Federal a prerrogativa de manipular o sistema de alíquotas, como no Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), tudo se faz dentro de limites que a lei especifica.’

(...)

Oportuno lembrar que, no Brasil, a rigidez da Constituição opõe limites ao legislador (federal, estadual, municipal e distrital), máxime em matéria tributária.

De fato, em nosso ordenamento jurídico, os tributos só podem ser instituídos e arrecadados com base em lei. Este postulado vale não só para os impostos, como para as taxas e contribuições, que, estabelecidas coercitivamente, também invadem a esfera patrimonial privada.

No direito positivo pátrio o assunto foi levado às últimas conseqüências, já que uma interpretação sistemática do Texto Magno revela que só a lei ordinária (lei em sentido orgânico-formal) pode criar ou aumentar tributos. Dito de outro modo, só à lei — tomada na acepção técnico-específica de ato do Poder Legislativo, decretado em obediência aos trâmites e formalidades exigidos pela Constituição — é dado criar ou aumentar tributos.

Lembramos que, entre nós, existe um princípio de submetimento do legislador à Constituição; é ele que determina a própria validade da lei.

As leis só são válidas quando produzidas dentro da Constituição e, além disso, de acordo com seus grandes princípios.

À vista de todo o exposto, o princípio da legalidade, no pertinente à instituição ou ao aumento de tributo, manifesta-se, entre nós, como princípio da reserva absoluta da lei formal, entendido no sentido de que a lei ordinária (federal, estadual, municipal ou distrital), necessariamente minuciosa, ‘(...) deve conter não só o fundamento da conduta da Administração, mas também o próprio critério da decisão no caso concreto’, de modo que esta possa ser obtida ‘(...) por mera dedução da própria lei, limitando-se o órgão de aplicação a subsumir o fato da norma, independentemente de qualquer valoração pessoal’.

(...)

Como se viu, todos os elementos essenciais do tributo devem ser erigidos abstratamente pela lei, para que se considerem cumpridas as exigências do princípio da legalidade. Convém lembrar que são ‘elementos essenciais’ do tributo os que, de algum modo, influem no **na** e no **quantum** da obrigação tributária.

(...)”

Feitas referidas ponderações quanto ao princípio da estrita legalidade, norteador do Direito Tributário pátrio, e a conseqüente vinculação dos atos normativos à lei a que visa complementar, passa-se à análise da legislação pertinente ao caso **sub judice**.

A Lei n. 4.506, de 30 de novembro de 1964, vigente quando da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas correspondente aos exercícios de 1985 a 1988, dispunha, em seu art. 43, que o “lucro operacional será formado pela diferença entre a receita bruta operacional e os custos, as despesas operativas, os encargos, as provisões e as perdas autorizadas por esta lei”.

O art. 60, inciso I, da referida norma legal, continha na autorização do registro dos custos ou despesas operacionais as importâncias necessárias à formação de provisões para créditos de liquidação duvidosa.

Por sua vez, o art. 61 da Lei n. 4.506/1964 determinava quais importâncias seriam dedutíveis do lucro real como provisão para créditos de liquidação duvidosa, **verbis**:

“Art. 61. A importância dedutível como provisão para créditos de liquidação duvidosa será a necessária a tornar a provisão suficiente para absorver as perdas que provavelmente ocorrerão no recebimento dos créditos existentes ao fim de cada exercício.

§ 1º O saldo adequado da provisão será fixado periodicamente pela Divisão do Imposto de Renda, a partir de 1º de janeiro de 1965, para vigorar durante o prazo mínimo de um exercício, como percentagem sobre o montante dos créditos verificados no fim de cada ano, atendida a diversidade de operações e excluídos os de que trata o § 4º.

§ 2º Enquanto não forem fixadas as percentagens previstas no parágrafo anterior, o saldo adequado da provisão será de 3% (três por cento) sobre o montante dos créditos, excluídos os provenientes de vendas com reserva de domínio, ou de operações com garantia real, podendo essa percentagem ser excedida até o máximo da relação, observada nos últimos 3 (três) anos, entre os créditos liquidados e o total dos créditos da empresa”.

Da leitura de referido dispositivo legal, verifica-se que a provisão para créditos de liquidação duvidosa incide sobre o montante dos créditos, excluídos, somente, *aqueles provenientes de vendas com reserva de domínio ou de operações com garantia real*.

Contudo, o Ato Declaratório Normativo CST n. 34/1976 determinou a exclusão da base de cálculo da provisão para créditos de liquidação duvidosa, *as aplica-*

ções financeiras, alargando, portanto, a abrangência da Lei n. 4.506/1964, a qual, no seu § 2º, previa, apenas, aqueles atos decorrentes de vendas com reserva de domínio e com garantia real.

Em assim sendo, o ADN/CST 34/1976, inserto no conceito de legislação tributária, instituiu base de cálculo do Imposto de Renda diversa da prevista na Lei n. 4.506/1964, lei em sentido estrito.

Isso porque, o lucro real, que é a base de cálculo do IRPJ é formado pela subtração do lucro operacional, que, por sua vez, a teor do art. 43, da Lei n. 4.506/1964, “será formado pela diferença entre a receita bruta operacional e os custos, as despesas operativas, os encargos, as *provisões* e as perdas autorizadas por esta lei”.

Por conseguinte, o referido ato normativo que vedou a inclusão de outros créditos de liquidação duvidosa nas provisões das Pessoas Jurídicas alargou a base de cálculo do imposto de renda, haja vista que impediu a sua dedução do lucro operacional.

No que pertine à exata exegese da Lei n. 4.506/1964, que estabelecia taxativamente quais os créditos impassíveis de serem registrados como provisão para liquidação duvidosa, lecionam **Fábio Junqueira de Carvalho** e **Maria Inês Murgel**, in “IRPJ — Teoria e Prática Jurídica”, 2ª ed, 2000, Dialética, pp. 195/199:

“16.1.1. Histórico legislativo da provisão para créditos de liquidação duvidosa.

O legislador do Imposto de Renda, ao elencar as despesas dedutíveis do resultado bruto das operações econômicas realizadas pela empresa, considerava como dedutível o risco de perdas pelo inadimplemento do pagamento a ela eventualmente devido.

De fato, dispunha o artigo 277 do RIR/1994 que poderiam ser registradas, como custo ou despesa operacional, as importâncias necessárias à formação de provisão para créditos de liquidação duvidosa (Lei n. 4.506/1964, art. 60, I).

A importância dedutível como provisão para créditos de liquidação duvidosa era a necessária a tornar a provisão suficiente para absorver as perdas que ocorrerão nos recebimentos dos créditos existentes ao fim de cada período de apuração do lucro real (Lei n. 4.506/1964, art. 61, Lei n. 8.981/1995, art. 43, § 1ª).

A legislação somente era explícita no sentido de dever abranger, tal montante de créditos, exclusivamente os créditos oriundos da exploração da atividade econômica da pessoa jurídica, decorrentes da venda de bens nas operações de conta própria, dos serviços prestados e das operações de conta alheia (Lei n. 8.981/1995, art. 43, § 2ª).

Pelo exposto, todo e qualquer crédito da empresa era passível de constituir a provisão para devedores duvidosos, excetuando-se aqueles que a lei expressamente determinava. O rol de créditos impossibilitados de constituir a provisão para devedores duvidosos, deveria ser restritivamente observado, sendo defeso ao intérprete alargá-lo, ou considerar qualquer outro crédito, via interpretação analógica, alcançado pela restrição. De fato, a Lei n. 8.981/1995, em seu artigo 43, § 3º, estabelecia que deveriam ser excluídos dos créditos dedutíveis como provisão para créditos de liquidação duvidosa:

(...)

Nunca se questionou o grau de solvência dos devedores, tampouco a extensão de seu crédito. Por tal razão, mesmo se comprovada a real dificuldade de liquidação de um determinado crédito, ao mesmo era aplicado a taxa de risco estipulada para qualquer outro crédito (3% até 31.12.1995 e 1,5% até 21.12.1994), quando a mesma era fixada.

A partir de janeiro de 1995 até 31 de dezembro de 1996, para efeito de determinação do saldo adequado da provisão, passou-se a aplicar, sobre o montante dos créditos de liquidação duvidosa, o percentual obtido pela relação entre a soma das perdas efetivamente ocorridas nos últimos três anos-calendários, relativas aos créditos decorrentes do exercício da atividade econômica, e a soma dos créditos da mesma espécie existentes no início dos anos-calendários correspondentes. Tal norma determinava a observância das seguintes regras:

(...)

Imperioso registrar que as regras impostas pelo artigo 43 da Lei n. 8.981/1995 gerou vários questionamentos por parte das instituições financeiras, que se viram especialmente prejudicadas pela citada norma restritiva. Isto porque até o advento da Lei em comento, as instituições financeiras podiam deduzir o montante global da provisão para créditos em liquidação constituída segundo a determinação expressa na Lei n. 4.595/1964 e da Resolução CMN n. 1.748, ao amparo da Lei n. 4.506/1964. Com a instituição da Lei n. 8.981/1995, cujo artigo 43 trata de regras restritivas ao contribuinte quanto à dedução da provisão para devedores duvidosos, a Administração Fazendária entendeu ser aplicável, tais regras, às provisões para créditos em liquidação.

A jurisprudência não é uniforme ao tratar desta questão. Há quem defenda que a provisão para créditos em liquidação subsume-se à noção de despesa operacional fixada pelo artigo 47 da Lei n. 4.506/1964. Sendo assim, as limitações contidas no artigo 43 da Lei n. 8.981/1995 feririam o conceito de

renda descrito no artigo 43 do Código Tributário Nacional, bem como o princípio constitucional da capacidade contributiva. Entretanto, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao apreciar um pedido de suspensão de segurança, se pronunciou no sentido de não parecer que da competência do Conselho Monetário Nacional para expedir normas gerais de contabilidade, a serem observadas pelas instituições financeiras, e dos atos normativos fundados na Contabilidade se possa extrair a subtração à lei tributária do poder de definir mais restritamente as provisões dedutíveis do lucro das empresas bancárias, para o efeito de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre ele incidentes.

(...)"

A **ratio essendi** do art. 61, da Lei n. 4.506/1964, visava integrar a provisão das perdas de crédito não recebidos. Ora, evidente que se destinava às "frustrações de recebimento" e, por isso representativos de custos ou despesas em contraposição às receitas.

O que a lei permitiu foi a fixação pela receita, através de norma regulamentar o "saldo adequado" aqui entendido como o percentual sobre o montante dos créditos frustrados. Não autorizou fossem criadas novas exceções à dedução das parcelas relativas às provisões de créditos de liquidação duvidosa por ato normativo, haja vista que somente a lei, em sentido estrito, poderia efetivar referida alteração.

Deveras, se o § 2º do art. 61 da Lei n. 4.506/1964 excluía da base de cálculo das provisões para créditos de liquidação duvidosa aqueles provenientes de vendas com reserva de domínio ou operações com garantia real, não poderia o ADN CST n. 34/1976 determinar a exclusão das aplicações financeiras de referida conta.

Evidente que o ADN/CST n. 34/1976 não poderia restringir mais do que a Lei n. 4.506/1964, mas, tão-somente, fixar os critérios de aplicação das restrições previstas na lei.

Em conseqüência, inexistente previsão legal, o disposto no ato declaratório normativo fere o princípio da estrita legalidade, regedor das normas de direito tributário, pelo que o recorrido agiu em conformidade com o ordenamento jurídico vigente à época.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do STJ:

"Tributário. IRPJ. Aplicações financeiras. Provisão de créditos de liquidação duvidosa. Lei n. 4.506/1964. Ato Declaratório n. 34/1976. Lei n. 8981/1995. Precedentes do STJ.

1. Considerando o princípio da estrita legalidade que preside o Direito Tributário, ato de categoria hierárquica inferior não se sobrepõe à lei.

2. A Lei n. 4.506/1964 (art. 61), excepcionou da base de cálculo para provisão de créditos de liquidação duvidosa, apenas os créditos decorrentes de vendas com reserva de domínio ou de operações com garantia real, nem distinguiu que esses créditos deveriam ser oriundos da atividade operacional da empresa.

3. A exclusão das aplicações financeiras para esse fim só ocorreu com a edição da Lei n. 9.881/1995.

4. Acórdão recorrido afinado com a jurisprudência do STJ.

5. Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 255.534/SC, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 07.10.2002).

“Recurso especial. IRPJ. Lucro real. Dedução. Provisão para créditos de liquidação duvidosa. Leis ns. 4.506/1964 e 9.541/1992. Instrução Normativa n. 80/1993-SRF. Portaria n. 526/1993. Ilegalidade.

Se a lei tributária estabelece determinada restrição à aplicação de benefício fiscal, o ato administrativo somente poderá fixar os critérios de aplicação dessas restrições, mas nunca ampliá-las.

O artigo 61, § 2º, da Lei n. 4.506/1964 determina que a percentagem fixada para o cálculo da provisão poderá ser excedida observada a relação entre “créditos não liquidados até o total dos créditos da empresa”. Não poderia, portanto, a IN n. 80/1993 reduzir essa expressão para “perdas efetivamente ocorridas” (artigo 4º, I, da IN n. 80/1993 e art. 1º, **caput**, da Portaria n. 526/1993).

Não há, outrossim, previsão legal para a proibição do cômputo dos créditos não liquidados constituídos no próprio exercício (artigo 4º, I, da IN n. 80/1993 e art. 1º, § 1º, da Portaria n. 526/1993).

Segundo dispõe o artigo 61, § 2º, da Lei n. 4.506/1964, somente poderão ser excluídos da dedução os créditos provenientes de vendas com reserva de domínio ou de operações com garantia real. Não fez a lei menção à possibilidade de exclusão dos créditos oriundos das atividades operacionais com alienação fiduciária em garantia (art. 2º, inciso II e parágrafo único, da IN n. 80/1993).

Limita-se a União a invocar genericamente as normas dos artigos 96 e 100 do Código Tributário Nacional, que garantem às instruções normativas e portarias **status** de norma tributária, sem penetrar no exame dos vícios indicados pelo recorrido.

A norma do § 1º do artigo 61 não permite que se crie novas exceções à dedução das parcelas relativas às provisões de liquidação duvidosa, por outro instrumento que não seja a lei, mas sim que se disponha, levando-se em consideração a diversidade de operações, sobre o percentual a ser aplicado.

Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 70.234/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 24.06.2002).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial interposto.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 464.708 — SC (2002/0116760-8)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Luiz Cláudio Portinho Dias e outros

Recorrido: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação — FNDE

Advogado: Adilson Batista Bezerra

Recorrida: Nei Eletrificações Ltda

Advogada: Nádía Rejane Chagas Marques Delai

EMENTA

Processual — Remessa **ex officio** — Sentença favorável à Fazenda — Verbas de sucumbência — Valor irrisório.

O art. 475, II do CPC não alcança sentença que ao proclamar a vitória da autarquia, impõe ao vencido condenação em honorários, tida como irrisória. Tal decisão é favorável ao Estado. O duplo grau de jurisdição aplica-se tão-somente às decisões contrárias ao Estado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 20 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: A autarquia recorrente saiu-se vitoriosa em ação de repetição de indébito. A título de honorários por sucumbência a sentença condenou a parte vencida em valor correspondente a dez por cento do valor atribuído à causa.

Ao fundamento de que tal verba é irrisória, a Autarquia pretende que o arbitramento seja submetido ao duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475, II).

Esta, a lide.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Neste processo, não se cogita de sentença proferida contra as pessoas arroladas no art. 475. Pelo contrário, a sentença foi favorável à autarquia ora recorrente.

A própria condenação em honorários constitui condenação adicional, em prol da autarquia. Não há como elastecer o alcance do art. 475 do CPC, para submeter tal decisão ao duplo grau.

Nego provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 503.037 — PR (2003/0024108-8)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: União

Recorrido: Município de Maringá

Advogado: Alaercio Cardoso

Interessada: Orbis Construções e Empreendimentos Ltda

Advogado: Sérgio Luiz Jacomini

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão quanto ao interesse da União na lide. Art. 535, II, do CPC. Necessidade de exame das questões pleiteadas pela parte. Anulação.

1. Embargos de declaração opostos no Tribunal recorrido que não responderam aos questionamentos suscitados pela União, a qual defen-

de, unicamente, não ter interesse econômico e jurídico para integrar a lide.

2. A prestação jurisdicional há que ser entregue em sua plenitude. É dever do magistrado apreciar as questões que lhe são impostas nos autos, assim como à parte ter analisado os fatos postos ao exame do Poder Judiciário.

3. Caracterização de omissão no julgamento do v. **decisum a quo**.

4. Recurso provido, por violação ao art. 535, II, do CPC, com a anulação da decisão recorrida. Retorno dos autos ao egrégio Tribunal **a quo** para que o mesmo profira nova decisão com apreciação e decisão da existência ou não do interesse da União.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

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

Ministro José Delgado, Relator

Publicado no DJ de 15.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: A União interpõe recurso especial com fulcro no art. 105, III, **a**, da Carta Magna, contra acórdão do egrégio TRF da 4ª Região, assim ementado (fl. 167):

“Processo Civil. Litisconsórcio da União Federal. Efeitos.

— Improvimento do agravo de instrumento.”

Dessa decisão, ofertaram-se embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

Nas razões do especial, a recorrente alega, em preliminar, violação ao art. 535, II, do CPC, tendo em vista o improvimento dos embargos de declaração, com

a negativa de prequestionamento da matéria nele referida. No mérito, aduz ofensa aos arts. 46, 47 e 292, do CPC, ao argumento de que, na hipótese, não se configura o litisconsórcio necessário.

Sem oferecimento de contra-razões.

Admitido o recurso especial, subiram os autos a esta Casa de Justiça, com sua inclusão em pauta para julgamento, o que faço agora.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Originariamente, o Município de Maringá moveu ação revisional de contrato cumulada com restituição de indébito contra Orbis Construções e Empreendimentos Ltda, argumentando existência de superfaturamento do valor contratado.

O Município de Maringá, autor da demanda, requereu a citação da União Federal para integrar a lide no pólo ativo, justificando esse interesse, do modo seguinte (fl. 17):

“O interesse da União reside no fato, a essa altura já evidente, de que a obra foi construída com verbas da União Federal, conforme se pode inferir dos convênios mencionados. Assim, na hipótese de restar constatado o superfaturamento em 24% (vinte e quatro por cento), resultará em uma pretensão da União Federal em receber a restituição da quantia correspondente a esse excesso.

O Autor obteve a informação de que existe Inquérito Civil Público, já concluído, no âmbito da Procuradoria da República, visando à apuração de irregularidades relacionadas com a construção do Hospital Metropolitano de Maringá.

Logo, há a necessidade de revisão do contrato, possibilitando-se apurar o superfaturamento equivalente a 24% (vinte e quatro por cento) do valor total cobrado pela empresa que executa a obra”.

O referido chamamento, por ter sido deferido, mereceu impugnação da União, sob a alegação de não ter interesse no feito.

Em segundo grau, a decisão monocrática foi mantida, sustentando o acórdão ora recorrido que (fl. 165):

“Ao indeferir o efeito suspensivo, à fls. 155/156, anotou, com inteiro acerto, a ilustre Desembargadora Federal Luíza Dias Cassales, **verbis**:

“O litisconsórcio ativo necessário da União Federal já foi objeto de exame no Agravo de Instrumento n. 2001.04.01.074908-5/PR, interposto pela União Federal contra decisão idêntica proferida nos autos da Medida Cautelar n. 2001.70.03.001664-8, ocasião em que assim me manifestei:

‘Não vislumbro os requisitos necessários à concessão do pedido de efeito suspensivo. E isso porque, como bem observou o magistrado **a quo** em sua decisão, objeto deste recurso, ‘a construção do hospital, quanto ao aspecto financeiro, é tanto de responsabilidade do Município quanto da União. As verbas públicas envolvidas exigem dessas entidades o devido acompanhamento e fiscalização e, antes disso, o estrito cumprimento da lei de licitações. O Município deve diligenciar não apenas pela regularidade da aplicação dos recursos municipais, mas também dos recursos federais, devendo, inclusive, prestar contas, nos termos da legislação de regência. Se há indícios de superfaturamento da obra e, ainda assim, a União se omite, o Município se vê na contingência de ter de liberar os recursos e, mais adiante, ser penalizado pela malversação do dinheiro público, caso se confirme o superfaturamento’.

Assim, pelas razões acima expostas, deverá a União Federal integrar a lide, na qualidade de litisconsorte ativa necessária, uma vez que se houve irregularidades com o custo de obra, essas não só atingem o Município, como também a União.

Ademais, ao que parece, há a necessidade de se examinar todas as partes ideais da obra, o que só é possível como o ingresso da União no feito, em face da sua participação na relação jurídica de direito material.

Isto posto, indefiro o pedido de efeito suspensivo’.

Assim, mantido aquele entendimento e com base nos mesmos fundamentos, não vejo razão para a concessão do efeito suspensivo postulado”.

Embargos declaratórios foram interpostos pela União Federal, solicitando pronunciamento sobre a aplicação dos arts. 46, I a IV; 47, parágrafo único, e 292, § 1º, do CPC.

O recurso merece ser provido para anulação do acórdão proferido nos embargos de declaração. Estes não responderam aos questionamentos suscitados pela União. Esta defende, unicamente, que não tem interesse econômico e jurídico para integrar a lide. É o tema que deve ser decidido. O acórdão está omissa, a respeito.

A parte tem direito a que haja manifestação direta sobre as suas pretensões.

A omissão constitui negativa de entrega da prestação jurisdicional.

Leio os acórdãos, o principal e o dos embargos, para demonstrar que o núcleo da pretensão recursal não foi examinada. Confira-se:

“Ao indeferir o efeito suspensivo, à fls. 155/156, anotou, com inteiro acerto, a ilustre Desembargadora Federal Luíza Dias Cassales, **verbis**:

‘O litisconsórcio ativo necessário da União Federal já foi objeto de exame no Agravo de Instrumento n. 2001.04.01.074908-5/PR, interposto pela União Federal contra decisão idêntica proferida nos autos da Medida Cautelar n. 2001.70.03.001664-8, ocasião em que assim me manifestei:

‘Não vislumbro os requisitos necessários à concessão do pedido de efeito suspensivo. E isso porque, como bem observou o magistrado **a quo** em sua decisão, objeto deste recurso, ‘a construção do hospital, quanto ao aspecto financeiro, é tanto de responsabilidade do Município quanto da União. As verbas públicas envolvidas exigem dessas entidades o devido acompanhamento e fiscalização e, antes disso, o estrito cumprimento da lei de licitações. O Município deve diligenciar não apenas pela regularidade da aplicação dos recursos municipais, mas também dos recursos federais, devendo, inclusive, prestar contas, nos termos da legislação de regência. Se há indícios de superfaturamento da obra e, ainda assim, a União se omite, o Município se vê na contingência de ter de liberar os recursos e, mais adiante, ser penalizado pela malversação do dinheiro público, caso se confirme o superfaturamento’.

Assim, pelas razões acima expostas, deverá a União Federal integrar a lide, na qualidade de litisconsorte ativa necessária, uma vez que se houve irregularidades com o custo de obra, essas não só atingem o Município, como também a União.

Ademais, ao que parece, há a necessidade de se examinar todas as partes ideais da obra, o que só é possível como o ingresso da União no feito, em face da sua participação na relação jurídica de direito material.

Isto posto, indefiro o pedido de efeito suspensivo’.

Assim, mantido aquele entendimento e com base nos mesmos fundamentos, não vejo razão para a concessão do efeito suspensivo postulado” (fl. 165).

“Conheço dos embargos de declaração, negando-lhes provimento.

Com efeito, pretende a parte embargante, em realidade, a modificação do julgado proferido às fls. 165/167, com nítido conteúdo infringente.

Ora, como sabido, os embargos prestam-se a esclarecer, se existentes, obscuridades, omissões ou contradições no julgado, e não para que se adeqüe a decisão ao entendimento do embargante.

A respeito, observam **Glasson, Morel e Tissier, verbis**: ‘*Mais il ne faut pas que, sous prétexte de rectification, le juge révise sa décision, la modifie ou y ajoute. Les erreurs matérielles d’un jugement, a décidé la Cour de cassation, peuvent être rectifiées ‘à l’aide o’éléments fournis par cette décision même’. A plus forte raison, la rectification n’est-elle pas possible lorsqu’il agit non d’une erreur matérielle mais d’une erreur de droit’* (**in** *Traité Théorique et Pratique de Procédure Civile*, 3^a ed., *Libr. du Recueil Sirey, Paris 1929, t. 3, p. 86*).

Pertinente, a respeito, o magistério do notável processualista português, **Alberto dos Reis**, em seu ‘Código de Processo Civil Anotado’, reimpressão, Coimbra Editora, 1984, v. 5, p.141, **verbis**:

‘O Tribunal não está obrigado a analisar e apreciar todos os argumentos, todos os raciocínios, todas as razões jurídicas produzidas pelas partes’.

Nesse sentido, é pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal, **verbis**:

‘1. Embargos de declaração. São admissíveis, quando no acórdão há obscuridade, dúvida, contradição ou omissão que devam ser sanadas (RISTE, Art. 337).

2. São incabíveis embargos de declaração com função de embargos infringentes.

3. Recurso a que se nega provimento” (RE n. 95.321 (EDcl) — SP, Rel. Min. Alfredo Buzaid, **in** RTJ 102/821).

‘1. Embargos de declaração. A função do Tribunal, nos embargos de declaração, não é responder a questionário sobre meros pontos de fato, mas sim de dirimir dúvidas, obscuridades, contradições ou omissões.

2. Não havendo no acórdão dúvidas ou contradições, nega-se provimento aos embargos de declaração’ (ERE n. 93.325 (EDcl) — RJ, Rel. Min. Alfredo Buzaid, **in** RTJ 103/269).

‘Embargos de declaração — Caráter infringente — Inadmissibilidade — Incorrência dos pressupostos de embargabilidade — Embargos rejeitados.

Os embargos de declaração destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridades, a afastar contradições e a suprir omissões que eventualmente se registrem no acórdão proferido pelo Tribunal. Revelam-se incabíveis os embargos de declaração, quando, inexistentes os vícios que caracterizam os pressupostos legais de embargabilidade (CPC, art. 535),

vem tal recurso, com desvio de sua específica função jurídico-processual, a ser utilizado com a finalidade de instaurar, indevidamente, uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo Tribunal. Precedentes.

O recurso de embargos de declaração não tem cabimento, quando, a pretexto de esclarecer uma inócurrenre situação de obscuridade, con-tradição ou omissão no acórdão, vem a ser utilizado com o objetivo de infringir o julgado'. (Petição n. 1.812 (AgRg-EDcl) — PR, Rel. Min. Celso de Mello, **in** RTJ 173/29)

Nesse sentido, ainda, os arestos publicados na RTJ 174/631 e 175/315.

Por esses motivos, conheço dos embargos de declaração, negando-lhes provimento.

É o meu voto". (Fls. 183/183v.)

Posto isso, conheço do recurso por violação ao art. 535, II, do CPC, e dou-lhe provimento anulando o acórdão embargado, com a determinação de que novo julgamento seja proferido com apreciação e decisão da existência ou não do interesse da União.

É como voto.
