



Jurisprudência da Segunda Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 711.405-PR
(2004/0179014-0)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Agravante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais
Renováveis - Ibama

Procurador: Luís Gustavo Wasilewski e outro(s)

Agravado: Soceppar S/A Sociedade Cerealista Exportadora de Produtos
Paranaenses

Advogado: Carlos Eduardo Manfredini Hapner e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Ambiental. Multa. Conflito de atribuições comuns. Omissão de órgão estadual. Potencialidade de dano ambiental a bem da União. Fiscalização do Ibama. Possibilidade.

1. Havendo omissão do órgão estadual na fiscalização, mesmo que outorgante da licença ambiental, pode o Ibama exercer o seu poder de polícia administrativa, pois não há confundir competência para licenciar com competência para fiscalizar.

2. A contrariedade à norma pode ser anterior ou superveniente à outorga da licença, portanto a aplicação da sanção não está necessariamente vinculada à esfera do ente federal que a outorgou.

3. O pacto federativo atribuiu competência aos quatro entes da federação para proteger o meio ambiente através da fiscalização.

4. A competência constitucional para fiscalizar é comum aos órgãos do meio ambiente das diversas esferas da federação, inclusive o art. 76 da Lei Federal n. 9.605/1998 prevê a possibilidade de atuação concomitante dos integrantes do Sisnama.

5. Atividade desenvolvida com risco de dano ambiental a bem da União pode ser fiscalizada pelo Ibama, ainda que a competência para licenciar seja de outro ente federado.

Agravo regimental provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 28 de abril de 2009 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 15.05.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de agravo regimental em recurso especial interposto pelo *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama* contra decisão monocrática, de minha lavra.

A decisão ficou assim ementada:

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Auto de infração. Multa. Penalidade decorrente de conduta tipificada como contravenção penal. Impossibilidade de aplicação pelo Ibama. Precedentes. Súmula n. 13-STJ. Recurso especial improvido. (fls. 203-207)

O agravante alega, em resumo, que a competência constitucional para fiscalizar é comum aos órgãos do meio ambiente, e que o art. 76 da Lei Federal n. 9.605/1998 prevê a possibilidade de atuação de fiscalização concomitante dos órgãos ambientais integrantes do Sisnama.

Afirma também que não há confundir competência para licenciar com competência para fiscalizar, pois a sua competência para licenciar atividades que possam causar dano ambiental é supletiva, na forma do artigo 10 da Lei n. 6.938/1981, mas é plena para fiscalizar a adequação das condutas dos agentes às normas jurídicas e aos termos das licenças e, ao final, que a decisão atacada é nula por deficiência de fundamento. (fls. 209-223)

O MPF entende pelo não-conhecimento do recurso especial e, no mérito, pelo não-provimento. (fls. 191-201)

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator):

Do Prequestionamento

Assiste razão ao Ministério Público Federal quando afirma que:

As questões federais referentes arts. 60 e 70. § 1º da Lei n. 9.605/1998 e art. 44 do Decreto Federal n. 3.179/1999, art. 19 do Decreto Federal n. 99.274/1990 não foram prequestionados pelo Acórdão que limitou-se a decidir a lide com fundamento no art. 10 da Lei n. 6.938/1981.

De fato, houve prequestionamento somente em relação ao inteiro teor do artigo 10 da Lei n. 6.938/1981.

No presente caso, não é cabível a aplicação analógica da Súmula n. 400-STF, uma vez que não foi dada razoável interpretação ao artigo citado.

Assim, deve ser conhecido, em parte, o recurso.

Do Pacto Federativo

O conceito de Estado Federado se contrapõe ao conceito de Estado Unitário, pois, naquele, há unidades político-administrativas chamadas de entes dotados de considerável autonomia; nestes, não há unidades com autonomia.

O máximo de desvinculação do poder central que pode ser visto no Estado Unitário é a descentralização administrativa por meio da criação de autarquias territoriais semelhantes aos nossos antigos territórios da União.

A Constituição Republicana de 1891 inaugurou, formalmente, o nosso sistema federativo centrífugo, criando entes da federação dotados de capacidade de autogoverno e competências próprias.

Hodiernamente, a relação entre os entes nas esferas das suas competências é harmonizada pela Carta Maior, havendo inclusive previsão de competência comum entre eles.

A propósito:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...).

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

O nosso pacto federativo atribuiu competência clara aos quatro entes da federação para proteger o meio ambiente, sendo que o exercício desse poder/dever dá-se baseado no poder de polícia administrativa.

O conceito desse instituto pode ser visto no Código Tributário Nacional, eis o texto:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar n. 31, de 28.12.1966).

O poder em questão envolve diversos aspectos, dentre eles, o poder de permitir, desde que atendidas as prescrições normativa, o desempenho de uma atividade e o poder de sancionar as condutas contrárias à norma.

A contrariedade à norma pode ser anterior ou superveniente à outorga da licença, portanto a aplicação da sanção não está necessariamente vinculada a tal ato administrativo.

Assiste razão ao agravante quando afirma, nos seus memoriais, que:

Nestes moldes, não há que se confundir a competência supletiva do Ibama para licenciar, nos termos do art. 10 da Lei n. 6.938/1981 com a competência comum de todos os órgãos ambientais para o exercício do poder de polícia. In casu, não se aplica a regra atinente à competência supletiva, vez que não há dissídio entre órgãos quanto à competência para o licenciamento da atividade, bem como não houve omissão, no que tange ao licenciamento, do órgão estadual, que agiu, dando início ao procedimento mencionado.

De fato, não é o caso de competência supletiva para licenciar, é caso de competência própria para fiscalizar, não se aplicando o *caput* artigo 10 da Lei n. 6.938/1981, eis o texto:

Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - Ibama, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. (Redação dada pela Lei n. 7.804, de 1989).

A competência de fiscalizar do Ibama está definida no § 3º do artigo 10, acima citado, este sim deve ser aplicado. Eis o trecho:

§ 3º O órgão estadual do meio ambiente e o Ibama, esta em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, determinar a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido. (Redação dada pela Lei n. 7.804, de 1989).

O poder-dever de fiscalização dos outros entes deve ser exercido quando, apesar de concedida a licença estadual, a atividade esteja, sem o devido acompanhamento do órgão estadual, causando danos ao meio ambiente, uma vez que a irreversibilidade e o perigo da demora do dano aqui tratado ensejam a atuação comum e imediata dos quatro entes da federação.

A atuação da União não se mostra apenas na omissão do órgão estadual, mas apresenta-se também para evitar danos ambientais a bens seus.

O art. 20 da Constituição Federal/1988 afirma, no seu inciso V, que:

Art. 20. São bens da União:

(...).

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial;

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

In casu, a atividade desenvolvida pela agravada pode causar danos a bens da União, fato que também legitima a atuação da agravante.

A propósito:

Administrativo e Ambiental. Ação civil pública. Desassoreamento do Rio Itajaí-Açu. Licenciamento. Competência do Ibama. Interesse nacional.

1. Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento.

2. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações.

3. Não merece relevo a discussão sobre ser o Rio Itajaí-Açu estadual ou federal. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais. A preocupação que motiva a presente causa não é unicamente o rio, mas, principalmente, o mar territorial afetado. O impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos.

4. Está diretamente afetada pelas obras de dragagem do Rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do Ibama e a necessidade de prévios EIA/RIMA. A atividade do órgão estadual, *in casu*, a Fatma, é supletiva. Somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão, através dos órgãos ambientais públicos e privados, poderá aferir quais os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como, sobre as correntes marítimas, sobre a orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que vive e depende do rio, do mar e do mangue nessa região.

5. Recursos especiais improvidos.

(REsp n. 588.022-SC, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17.02.2004, DJ 05.04.2004, p. 217.)

Logo, a decisão do Tribunal de origem violou o § 3º do artigo 10 da Lei n. 6.938/1981, afastando a competência do Ibama.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental, para reformar o acórdão da Corte de origem, denegando a segurança concedida.

É como penso. É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.058.533-RJ
(2008/0107638-4)**

Relator: Ministro Herman Benjamin
Relatora para acórdão: Ministra Eliana Calmon
Agravante: Carrefour Comércio e Indústria Ltda
Advogado: Carlos Roberto Siqueira Castro e outro(s)
Agravado: Estado do Rio de Janeiro
Procurador: Flávio Guimarães Gonçalves e outro(s)

EMENTA

Processo Civil. Execução. Cobrança de multa administrativa. Penhora *on-line*. Substituição por fiança bancária.

1. A penhora, seja convencional ou *on-line*, como ato preparatório do processo de execução, pode ser substituída por fiança bancária.
2. A fiança bancária equivale a depósito bancário (art. 15, I, Lei n. 6.830/1980).
3. Legalidade da substituição permitida pelo legislador (art. 15 LEF).
4. Agravo regimental provido para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do(a) Sr(a). Ministro(a) Humberto Martins, acompanhando a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Eliana Calmon, a Turma, por maioria deu provimento ao agravo regimental para dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Eliana Calmon que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro-Relator que negava provimento ao agravo regimental.” Votaram com a Sra. Ministra Eliana Calmon os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 27.04.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Cuida-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao Recurso Especial nos seguintes termos:

Trata-se de Recurso Especial interposto, com fulcro no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

Agravo inominado contra decisão que negou seguimento ao recurso, nos termos do estabelecido no *caput*, do art. 557 do CPC. Ação de execução fiscal. Decisão que indeferiu o pedido de substituição da penhora realizada sobre dinheiro mantido em depósito junto a instituições financeiras por fiança bancária. Decisão vergastada que bem aplicou o direito ao caso concreto. Substituição de penhora que recaiu sobre dinheiro por fiança bancária. Impossibilidade. Aplicação do disposto no art. 15, I da Lei n. 6.830/1980 que permite a substituição da penhora que inicialmente teria que ter recaído em bem que não se consubstancia em dinheiro nem na referida fiança bancária. Observância ao art. 11, I, da Lei n. 6.830/1980. Decisão monocrática correta. Desprovimento do recurso. (fl. 239).

A recorrente afirma que o acórdão hostilizado, ao rejeitar a penhora, violou o preceito dos arts. 1º, 9º, II, 9º, § 3º, e 11, I, da Lei n. 6.830/1980; dos arts. 535, II e 655, I, do CPC; e dos arts. 2º, § 2º, 2º, e 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Alega existir divergência jurisprudencial.

É o relatório.

Decido.

Constato que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp n. 927.216-RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.08.2007; e, REsp n. 855.073-SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.06.2007.

Quanto à divergência jurisprudencial capaz de viabilizar o conhecimento de seu recurso pela alínea **c** do permissivo constitucional, não assiste razão à agravante, porque não foram cumpridas as exigências do art. 255, § 2º, do RI/STJ, que determina o seguinte: “O recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”. Esse requisito consta, também, do artigo 541, parágrafo único, do CPC.

Vale ressaltar que, para cumprir as exigências dos dispositivos acima referidos, não basta a simples transcrição de ementas ou trechos de julgados que caracterizem a alegada divergência. Mister se faz o confronto analítico entre os acórdãos-paradigmas e o aresto hostilizado a fim de evidenciar a similitude fática e jurídica em debate.

Nesse sentido:

Agravo regimental. Recurso especial. Entidade filantrópica. Isenção. Artigo 55 da Lei n. 8.212/1991. Fundamentação deficiente. Incidência da Súmula n. 284-STF. Divergência jurisprudencial não-demonstrada.

(...).

No que concerne à alínea **c**, o dissídio jurisprudencial alegado não restou adequadamente apresentado, pois o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico, bem como, apesar da transcrição de ementas, não demonstrou suficientemente as circunstâncias que identificassem ou assemelhassem os casos confrontados, vindo em desacordo com o estabelecido nos artigos 541 do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, e com o entendimento pacificado na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 384.192-SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.08.2006, DJ 28.08.2006 p. 253).

No mérito, convém transcrever o seguinte excerto da decisão recorrida:

A penhora já se aperfeiçoou quando recaiu sobre dinheiro mantido em depósito junto a instituições financeiras pelo agravante, logo, não haveria qualquer razão para se autorizar a substituição por fiança bancária, uma vez que a penhora já recaiu inicialmente por dinheiro. (fl. 240)

Já nas razões do apelo nobre, sustenta-se que “há possibilidade do devedor/ executado apresentar garantia idônea à execução (carta de fiança bancária no mesmo valor da constrição) em substituição a penhora realizada em espécie” (fl. 262).

É inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Aplicação da Súmula n. 7-STJ.

Dentre os precedentes, destaco:

Processual Civil. Recurso especial. Ordem de penhora. Menor onerosidade. Matéria fática. Súmula n. 7-STJ. Execução fiscal. Indicação de bens à penhora. Notas do Banco Central. Penhorabilidade, não, porém, como bem equiparado à dinheiro.

(...)

2. Não cabe, com base no art. 620 do CPC (que consagra o princípio da menor onerosidade), alterar, em benefício do devedor, a ordem legal de penhora. Tal ordem, é estabelecida em favor do credor e da maior eficácia da atividade executiva. Somente em situações excepcionais é que se admite sua inversão e desde que, reconhecidamente, isso não cause prejuízo algum ao exeqüente (CPC, art. 668). De qualquer modo, investigar se, no caso concreto, a relativização da ordem da penhora é justificável ou não em face daquele princípio, como pretende a recorrente, é juízo que envolve exame de fatos, incabível no âmbito do recurso especial por força da Súmula n. 7-STJ.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 1.033.615-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 01.04.2008, DJ 23.04.2008 p. 1).

Processual Civil. Execução fiscal. Penhora de bens da executada. Substituição por direito de crédito decorrente de precatório. Art. 656 do CPC. Art. 15, I, da Lei n. 8.630/1980. Impossibilidade.

1. A substituição da penhora, em sede de execução fiscal, só é admissível, independentemente da anuência da parte exeqüente, quando feita por depósito em dinheiro ou fiança bancária, consoante expressa determinação legal (art. 15, I, da Lei n. 6.830/1990).

Precedentes: REsp n. 926.176-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 21.06.2007; REsp n. 801.871-SP, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 19.10.2006; AgRg no REsp n. 645.402-PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 16.11.2004; REsp n. 446.028-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 03.02.2003.

(...)

3. Deveras, a substituição da penhora por outro bem que não aqueles previstos no inciso I, do art. 15 da Lei n. 6.830/1980, exige concordância expressa do exeqüente, sendo certo que precatório não significa dinheiro para fins do art. 11, da LEF.

4. A execução se opera em prol do exeqüente e visa a recolocar o credor no estágio de satisfatividade que se encontrava antes do inadimplemento. Em consequência, realiza-se a execução em prol dos interesses do credor (arts. 612 e 646, do CPC). Por conseguinte, o princípio da economicidade

não pode superar o da maior utilidade da execução para o credor, propiciando que a execução se realize por meios ineficientes à solução do crédito exequendo.

(...)

6. Recurso especial provido. (REsp n. 1.000.261-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25.03.2008, DJ 03.04.2008 p. 1).

Diante do exposto, *nos termos do art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao Recurso Especial.*

Publique-se.

Intimem-se.

A recorrente alega que “por força dos princípios da menor onerosidade possível na execução e da continuação da empresa, a recorrente ofereceu fiança bancária no valor integral, atualizada e indeterminada para o crédito fiscal objeto de discussão nos autos da execução em curso contra o recorrente perante a 11ª vara de fazenda pública da comarca da capital do Tribunal *a quo*, em substituição à penhora *on-line* realizada no seu caixa escriturário por ordem do preclaro juízo de primeiro grau” (fl. 378).

Pleiteia a reconsideração do *decisum* ou a submissão do recurso à Turma.

É o *relatório*.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator):

Processual Civil. Agravo regimental. Tributário. Taxa. Recurso especial. Alínea **c**. Não-demonstração da divergência. Substituição de dinheiro penhorado *on-line* por fiança bancária. Impossibilidade. Arts. 9º, 11 e 15, I, da LEF.

1. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo ao recorrente demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e

regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base no art. 105, III, alínea c, da Constituição Federal.

2. Inviável a substituição do dinheiro penhorado *on line* por fiança bancária, pois o art. 15, I, da LEF objetiva conferir à exequente a garantia revestida de maior liquidez. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental não provido.

Trata-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao Recurso Especial em que a empresa Agravante pretende o provimento para que seja permitida a substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária.

A recorrente alega que “por força dos princípios da menor onerosidade possível na execução e da continuação da empresa, a recorrente ofereceu fiança bancária no valor integral, atualizada e indeterminada para o crédito fiscal objeto de discussão nos autos da execução em curso contra o recorrente perante a 11ª vara de fazenda pública da comarca da capital do Tribunal *a quo*, em substituição à penhora *on-line* realizada no seu caixa escriturário por ordem do preclaro juízo de primeiro grau” (fl. 378).

Pleiteia a reconsideração do *decisum* ou a submissão do recurso à Turma.

Não merece prosperar a irresignação.

Inicialmente, a apontada divergência deve ser comprovada, cabendo ao recorrente demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente.

O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea c, III, do art. 105 da Constituição Federal. Confirma-se o precedente:

Tributário. Cobrança de taxa de água e de serviço de esgotamento sanitário. Ausência de prequestionamento. Sumúlas n. 282 e 283 do STF. Dissídio jurisprudencial não-configurado.

(...)

3. Não se conhece do dissídio jurisprudencial quando não atendidos os requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

4. Recurso especial não-conhecido. (REsp n. 649.084-RJ; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJ de 15.08.2005).

No caso em tela, o julgado apontado como paradigma trata de substituição de penhora sobre o faturamento da empresa por fiança bancária, hipótese que não guarda similitude fática com o entendimento do aresto recorrido, que versa sobre a impossibilidade de substituição do dinheiro pela fiança bancária.

Com relação à pretendida substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária, cumpre observar que não existe previsão legal para o ato.

O dispositivo que permite a substituição da penhora, art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980, dispõe:

Art. 15 - Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz:

I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária; e

II - à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.

Dessa maneira, para a substituição do bem penhorado, parte-se do pressuposto de que não tenha sido realizado o depósito em dinheiro nem oferecida a fiança bancária, na forma do art. 9º, I, do referido diploma.

Na hipótese em tela, houve a penhora *on-line* dos valores executados, não havendo falar em substituição desse bem, primeiro na ordem do art. 11 da Lei de Execuções Fiscais.

Ademais, como bem observado pelo acórdão recorrido, o direito de oferecimento da fiança bancária – além da hipótese de substituição de outros bens penhorados, que não o dinheiro – deve ser exercido logo após a citação e antes da realização da penhora feita pelo juízo, na forma do art. 11 da Lei n. 6.830/1980.

Em síntese, o art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 objetiva viabilizar à exeqüente garantia de maior liquidez, de modo que não é possível a substituição da penhora em dinheiro - bem sobre o qual prioritariamente deve recair a constrição judicial (art. 11, I, da LEF) - por fiança bancária. Nesse sentido:

Tributário. Processual Civil. Recurso especial. Omissão no acórdão recorrido. Inexistência. Execução fiscal. Substituição da penhora pelo executado. Depósito em dinheiro. Por fiança bancária. Impossibilidade. Precedente.

1. Tratam os autos de agravo de instrumento interposto por *Cimento Mauá S/A*, em sede de execução fiscal, contra decisão que indeferiu o pedido de substituição da penhora que recaiu sobre o saldo da conta de depósito judicial por fiança bancária. Indeferido pedido de antecipação da tutela recursal. Foi interposto agravo interno pela executada, e o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, por unanimidade, negou-lhe provimento, sob o fundamento de que a substituição da penhora é uma faculdade oferecida ao devedor, mas que não pode ser exercida em prejuízo do exeqüente, sendo incabível substituir a garantia consubstanciada no depósito em dinheiro pela fiança bancária, que tem menor liquidez. Além disso, aduziu que a agravante não comprovou a existência de situação emergencial a justificar a liberação dos valores bloqueados. Opostos embargos de declaração buscando o prequestionamento do art. 620 do CPC, estes foram rejeitados. Recurso especial, aponta, preliminarmente, a violação dos artigos 165, 458 e 535, II, do CPC, sustentando que houve negativa de prestação jurisdicional no julgamento dos embargos de declaração. No mérito, alega, além da divergência jurisprudencial, violação do artigo 15, I, da Lei n. 6.830/1980, sustentando que na referida norma da LEF não há nenhuma distinção ou preferência entre o “depósito em dinheiro” e a “fiança bancária”, sendo possível ao executado escolher entre qualquer das duas opções que a lei lhe faculta. Aduz também que houve concordância tácita da União, que não se manifestou contra o pedido de substituição da penhora. Contra-razões da União. Juízo positivo de admissibilidade.

2. Merece ser repelida a tese de omissão pelo Tribunal *a quo*.

Analisando-se os fundamentos desenvolvidos no aresto objurgado, percebe-se a apreciação de todos os pontos relevantes ao deslinde da causa, sendo desnecessária a indicação expressa do dispositivo legal aventado nos aclaratórios. Os fundamentos, nos quais se suporta a decisão *a quo*, são claros e nítidos. O que aconteceu, na verdade, é que não foi a questão decidida conforme planejava a parte agravante, mas, sim, com a aplicação de entendimento diverso.

3. Entre os bens penhoráveis, o dinheiro prefere a todos os demais na ordem legal estabelecida no artigo 11 da Lei de Execuções Fiscais, sendo incabível a pretensão de substituição deste por fiança bancária. *O poder de substituição conferido ao devedor pelo inciso I do art. 15 da Lei em questão é bastante restrito, e só pode ser exercido de forma a melhorar a liquidez da garantia em prol da exeqüente, não sendo possível aplicação do referido dispositivo com vistas a substituir uma garantia privilegiada por expressa disposição legal, e líquida por excelência, por uma menos benéfica ao credor. Precedente: REsp n. 19.497-SP; Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 19.06.1995.*

4. Recurso especial não-provido.

(REsp n. 801.550-RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 09.05.2006, DJ 08.06.2006 p. 142)

Nem se diga que a fiança bancária é equivalente ao depósito em dinheiro. Parece intuitivo que dinheiro é mais líquido que uma garantia prestada por instituição financeira, por mais sólida e confiável que seja.

No caso de depósito bancário, a pretensão do fisco, caso vitorioso na demanda, é atendida por simples conversão em renda. Existindo fiança, ao final do processo será necessário exigir o pagamento pelo banco garantidor.

Diversas situações podem ocorrer nesta última hipótese: o banco fiador pode se recusar a pagar, por algum erro no documento de fiança, esgotamento do prazo de garantia, dúvida quanto à extensão da fiança concedida etc.

Ademais, não se pode subestimar a possibilidade de o banco tornar-se insolvente.

Registro que já houve 239 falências e 118 liquidações de instituições bancárias, segundo consta da página do Banco Central na internet (<http://www4.bcb.gov.br/lid/Liquidacao/d1946/d1946ten.asp?idpai=regesp46>).

Atualmente, há 59 instituições em processo de liquidação, sendo 13 bancos (<http://www4.bcb.gov.br/lid/Liquidacao/patual/patualtpe.asp?idpai=regesphoje>).

Ainda que se admita a paridade entre fiança bancária e dinheiro, há que considerar a diversidade de instituições financeiras garantidoras. Há bancos pequenos e grandes; novos e tradicionais; nacionais e com capital estrangeiro; etc. A adoção da tese da igualdade entre dinheiro e fiança exigiria o reconhecimento dessa diversidade e do direito de o credor analisá-las no caso concreto.

Não há, portanto, como equiparar dinheiro, que é absolutamente líquido, à fiança bancária, sujeita às vicissitudes da instituição financeira garantidora.

Ausente a comprovação da necessidade de retificações a serem promovidas na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Regimental que contra ela se insurge.

Por tudo isso, *nego provimento ao Agravo Regimental*.

É como *voto*.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Eliana Calmon: O presente recurso especial tem como relator o Ministro Herman Benjamin que em decisão monocrática negou seguimento ao recurso, com respaldo no artigo 557 CPC, argumentando (fls. 365-368):

- a) ausente a apontada violação do art. 535 do CPC;
- b) não foram observadas as exigências do art. 255, § 1º, do RISTJ e do art. 541, parágrafo único, do CPC, no que tange ao dissídio jurisprudencial; e
- c) quanto ao mérito, “é inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Aplicação da Súmula n. 7-STJ”.

Interposto agravo interno contra a referida decisão, veio o Relator a reformular parcialmente o seu entendimento quanto à incidência da Súmula n. 7-STJ para, adentrando-se no mérito tecer as seguintes considerações:

- a) não existe previsão legal para a substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária;
- b) a substituição do bem penhorado pressupõe que não tenha sido realizado o depósito em dinheiro, nem oferecida fiança bancária, na forma do art. 9º, I, da LEF, situação não configurada nos autos;
- c) o direito de oferecimento da fiança bancária deveria ter sido exercido logo após a citação e antes da realização da penhora feita pelo juízo, nos termos do art. 11, também da LEF;
- d) o art. 15, I, da LEF, objetiva viabilizar à exequente garantia de maior liquidez, de modo que não é possível a substituição da penhora em dinheiro - bem sobre o qual prioritariamente deve recair a constrição judicial - por fiança bancária;
- e) parece intuitivo que dinheiro é mais líquido que uma garantia prestada por instituição financeira, por mais sólida e confiável que seja;
- f) diversas situações podem ocorrer ao final do processo executivo, caso deferida a substituição, tais como: o banco fiador se recusar a pagar, por algum erro no documento de fiança; esgotamento do prazo de garantia; dúvida quanto à extensão da fiança concedida; etc;

g) já houve 239 falências e 118 liquidações de instituições bancárias, existindo, atualmente 59 instituições em processo de liquidação, sendo 13 bancos; e

h) há que se considerar a diversidade de instituições financeiras garantidoras; há bancos pequenos e grandes; novos e tradicionais; nacionais e com capital estrangeiro, etc., em razão do que a adoção da tese da igualdade entre dinheiro e fiança exigiria o reconhecimento dessa diversidade e do direito de o credor analisá-las no caso concreto.

Pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia, especialmente pela aplicação do art. 557 do CPC, diante das teses desenvolvidas quando do voto de Sua Excelência na oportunidade do julgamento do agravo regimental, muitas das quais ainda não discutidas em precedentes desta Corte, principalmente pela novidade que é a penhora *on line*.

Para melhor compreensão das questões discutidas nos autos faço um retrospecto dos fatos que embasam a querela.

a) Tem-se, na origem, execução de multa administrativa aplicada pelo Procon-RJ ao recorrente *Carrefour Comércio Indústria Ltda.*, em razão da negativa de substituição de produto por ele vendido (computador) e que apresentou defeito no prazo de garantia;

b) citado via postal (fl. 56), o então executado deixou de indicar bens à penhora, tendo o magistrado de primeiro grau de jurisdição expedido ordem de bloqueio eletrônico do valor do débito (fl. 57), cumprida em 28.08.2007, mediante a penhora *on-line*, via *bacenjud*, da quantia de R\$ 95.505,49 (*noventa e cinco mil, quinhentos e cinco reais e quarenta e nove centavos*), consoante se observa do documento de fl. 60;

c) em 27.09.2007, passados quase trinta dias após a efetivação da penhora, o executado peticionou ao Juiz da execução (fls. 212-213), requerendo a substituição da penhora *on-line* pela Carta de Fiança Bancária n. 180677707, emitida pelo Banco Santander (fl. 214), pleito indeferido por intermédio da decisão de fls. 218-219, que deu ensejo à interposição de agravo de instrumento;

d) decidido inicialmente por decisão unipessoal do relator, foi o ato judicial mantido pelo colegiado, com base nos fundamentos resumidos na ementa de fl. 239, a seguir transcrita:

Agravo inominado contra decisão que negou seguimento ao recurso, nos termos do estabelecido no *caput*, do art. 557 do CPC. Ação de execução fiscal.

Decisão que indeferiu o pedido de substituição da penhora realizada sobre dinheiro mantido em depósito junto a instituições financeiras por fiança bancária. Decisão vergastada que bem aplicou o direito ao caso concreto. Substituição de penhora que recaiu sobre dinheiro por fiança bancária. Impossibilidade. Aplicação do disposto no art. 15, I da Lei n. 6.380/1980 *[sic]* que permite a substituição da penhora que inicialmente teria que ter recaído em bem que não se consubstancia em dinheiro nem na referida fiança bancária. Observância ao art. 11, I, da Lei n. 6.830/1980. Decisão monocrática correta. Desprovisionamento do recurso.

e) opostos embargos de declaração, restaram desprovidos, sobrevindo o recurso especial, interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Feito este retrospecto, passo a expor o meu entendimento.

Em primeiro lugar entendo, diferentemente do relator, que a tese de fundo - *possibilidade ou não de substituição da penhora on-line pela fiança bancária* - além de não demandar reexame das provas dos autos, não encontra jurisprudência dominante no âmbito desta Corte. Encontrei apenas dois precedentes, apreciados pela Segunda Turma, em sede de medidas cautelares, nas quais foram deferidas as liminares pleiteadas para acolher tese idêntica a defendida neste recurso especial. Confira-se:

Processo Civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo ao recurso especial.

1. Esta Corte, adotando entendimento do STF, não concede medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade no Tribunal de origem.

2. Excepcionalmente, sendo bom o direito de fundo e para evitar dano irreparável, se a decisão é teratológica ou manifestamente ilegal, tem sido aceita a competência desta Corte para processar e julgar a cautelar, antes da admissibilidade do recurso especial.

3. Hipótese em que, recusada a garantia da fiança bancária, ordenou-se a penhora *on line*.

4. Medida cautelar procedente.

(MC n. 9.949-BA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.10.2005, DJ 28.11.2005)

Processual Civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo ao recurso especial. Execução fiscal. Penhora *on line*. Excepcionalidade. Substituição por fiança bancária. Cabimento. Liminar deferida.

1. Nos termos das Súmulas n. 634 e 635 do STF, não se concede medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade no Tribunal de origem.

2. Excepcionalmente, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, esta Corte aceita a competência para julgar medida cautelar, antes do juízo de admissibilidade do recurso especial.

3. *A inércia da devedora não justifica a “penhora on line” de vultosa quantia, antes de realizadas as diligências para buscar bens penhoráveis, nos termos do art. 185-A do CTN. Precedentes.*

4. “O art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 confere à fiança bancária o mesmo status do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal.” (*REsp n. 660.288-RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.09.2005, DJ 10.10.2005.*)

5. *In casu*, a executada oferece garantia de fiança bancária em valor superior ao montante do crédito fazendário.

Medida liminar concedida para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial até seu julgamento por esta Corte Superior, sem prejuízo do juízo de admissibilidade do Tribunal *a quo*.

(MC n. 13.590-RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06.12.2007, DJ 11.12.2007 p. 170)

Embora ausente nessa última assentada, não posso deixar de destacar que na ocasião invocou-se a jurisprudência que vinha sendo aplicada por este Tribunal em hipóteses semelhantes, nas quais se reconhecia a possibilidade de substituição da penhora sobre o faturamento pela fiança bancária, segundo os precedentes mencionados pelo Relator da MC n. 13.590-RJ, o eminente Ministro Humberto Martins, vejamos:

Processual Civil. Execução fiscal. Penhora sobre faturamento. Excepcionalidade. Substituição por fiança bancária. Cabimento.

1. O art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 confere à fiança bancária o mesmo status do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal.

2. A penhora sobre o faturamento da empresa somente é admissível em hipóteses excepcionais, quando não há outros meios para garantia da dívida, em razão do que dispõe o art. 620 do CPC, pelo qual a execução deve se dar da forma menos gravosa para o devedor. Precedentes.

3. Recurso especial provido.

(*REsp n. 660.288-RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.09.2005, DJ 10.10.2005, p. 311.*)

Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Garantia. Fiança bancária. Penhora sobre faturamento.

1. A penhora sobre faturamento da empresa só deverá ser admitida quando não houver outro meio para satisfação do credor, já que o art. 620 do CPC determina que a execução seja processada da maneira menos gravosa ao executado. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público e da Corte Especial.

2. “O art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 confere à fiança bancária o mesmo status do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal” (REsp n. 660.288-RJ).

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 849.757-RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07.11.2006, DJ 20.11.2006, p. 295.)

A penhora sobre os saldos das contas e a posterior liberação é prática que vem ocorrendo com frequência, por força da Lei n. 10.819/2003 – diploma que permite a penhora e o levantamento de garantia real em favor da Fazenda, como ocorreu com a Fazenda Municipal de Brusque que, ao final, com o julgamento do recurso de apelação em favor do contribuinte, foi obrigada a devolver, em tempo exíguo, o valor da penhora. E como não teve a exequente condições de devolver, chegou a esta Corte para tentar solucionar o impasse. Confira-se, a propósito, a decisão proferida na MC n. 9.921-SC, ajuizada pelo referido Município.

O exemplo acima mencionado bem demonstra a dificuldade que pode ocasionar a penhora e posterior liberação de depósito, se necessária a devolução ao final da execução. Assim sendo, apresenta-se adequada a penhora nos termos tradicionais, principalmente quando está ela representada por uma carta de fiança com cláusula de correção pela variação acumulada da Taxa Selic e por prazo indeterminado (fl. 214).

Pondero, ainda, que dispor de aproximadamente R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em dinheiro, mesmo para uma empresa de grande porte, como é a recorrente, é, sem dúvida alguma, um desfalque de porte impactante, principalmente para garantir uma dívida, cuja liquidez e certeza está sendo discutida judicialmente em sede de ação anulatória, consoante noticiado nos autos (fl. 81).

De outra parte, conforme tenho defendido em várias oportunidades, o art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 confere à fiança bancária o mesmo *status* do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto,

instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal. E a prova maior da afirmação está no fato de dispensarem ambos, seja depósito em dinheiro, seja fiança bancária lavratura de termo de penhora.

Este entendimento encontra respaldo na doutrina, como ensina o Professor Américo Luís Martins da Silva:

Formalmente, o depósito em dinheiro não deve ser confundido, em momento algum, com a penhora judicial, muito pelo contrário, *ele e a fiança bancária da penhora se distinguem. Tanto é que não é necessário lavrar auto ou termo de penhora, quando à garantia à execução for realizada mediante depósito em dinheiro.*

[...]

Da mesma forma que ocorre com o depósito em dinheiro, a fiança bancária também não deve ser confundida com a penhora judicial, muito pelo contrário, ela da penhora se distingue. Por isso, também não há que se falar em necessidade de lavrar auto ou termo de penhora, quando a garantia à execução for realizada mediante fiança bancária. *No entanto, por força do § 3º do art. 9º da Lei n. 6.830, de 22.09.1980, a fiança bancária, tanto quanto o depósito em dinheiro, produz os mesmos efeitos que a penhora, independentemente de qualquer formalização, caso sejam rejeitados os embargos do devedor.*

(in A execução da dívida ativa da fazenda pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 400 e 402)

Não se pode perder de vista, ainda, na linha do que já prelecionava o mestre José Frederico Marques, citado por Américo Luís Martins da Silva na obra acima, p. 393, que a penhora, convencional ou *on-line*, é *ato meramente preparatório do processo de execução*. Daí porque, nessa condição, não pode onerar o devedor a ponto de até mesmo inviabilizar a atividade empresária por ele desenvolvida, antes de exaurido o devido processo legal, como ocorre quando lhe é subtraído do caixa vultosas quantias, utilizadas, normalmente, como capital de giro da empresa.

Sob outro vértice, merece destaque, ainda, o fato de que, até mesmo o CTN, já com a redação dada pela Lei Complementar n. 118/2005, condiciona a indisponibilidade de bens e direitos do devedor tributário, aí incluídos, por óbvio, o saldo disponível em contas bancárias, à inexistência de outros bens penhoráveis, como bem lembrou o eminente Ministro Humberto Martins, no voto proferido na MC n. 13.590-RJ. Confira-se:

Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, *não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados*

bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. (Incluído pela Lcp n. 118, de 2005)

Embora na hipótese dos autos o crédito exequendo seja originário de multa administrativa, o fato é que não se pode conceder a essa espécie de crédito da fazenda pública privilégio maior do que aquele conferido ao tributário pelas normas do CTN, de que é exemplo o art. 185-A acima transcrito.

Nem se diga que, com a reforma do processo de execução de título extrajudicial implementada pela Lei n. 11.382/2006, poderia o juiz, no caso concreto, autorizar a penhora *on-line* antes de esgotadas as diligências para localização de outros bens do executado, com base no art. 655-A do CPC, pois o débito discutido nos autos remonta a período anterior à vigência da referida lei, como se observa às fls. 52-53. Nesse particular, colaciono, dentre vários, os seguintes precedentes, de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte:

Processual Civil. Agravo regimental. Execução fiscal. Bloqueio de ativos financeiros. Comprovação de esgotamento dos meios para a localização de bens penhoráveis. Verificação. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Decisão proferida antes da Lei n. 11.382/2006.

1. Esta Corte tem assente o entendimento de admitir o bloqueio de ativos financeiros em conta corrente do devedor, com a conseqüente quebra do sigilo bancário, desde que esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora.

2. Conforme exposto no voto condutor do aresto combatido, o exequente não esgotou todas as diligências na busca de bens passíveis de penhora. Nesta seara especial, a verificação do exaurimento das possibilidades extrajudiciais de localização de bens penhoráveis do agravado é obstada pelo teor da Súmula n. 7-STJ.

3. Ressalte-se que a decisão que indeferiu a medida executiva pleiteada foi proferida em momento anterior à vigência da Lei n. 11.382/2006, que, alterando dispositivos do CPC, colocou na mesma ordem de preferência de penhora “dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira” (art. 655, I) e permitiu a realização da constrição, preferencialmente, por meio eletrônico (art. 655-A). Assim, o recurso deve ser analisado com base no sistema vigente à época, o que torna inviável a aplicação da legislação superveniente.

4. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no REsp n. 806.064-PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04.09.2008, DJe 06.10.2008)

Agravo regimental em agravo de instrumento. Execução fiscal. Convênio Bacen Jud. Indisponibilidade de bens e ativos financeiros. Não-esgotamento das vias ordinárias para a localização de bens passíveis de penhora. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Execução anterior à vigência da Lei n. 11.382/2006. Agravo improvido.

1. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, antes das modificações introduzidas pela Lei n. 11.382/2006, somente se admite o bloqueio de ativos financeiros pelo Sistema Bacen Jud quando esgotados todos os meios necessários à localização de outros bens passíveis de penhora.

2. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (Súmula do STJ, Enunciado n. 7).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 992.590-BA, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 26.08.2008, DJe 03.09.2008)

No que se refere ao momento em que deveria o executado ter pleiteado a substituição da penhora *on-line* pela fiança bancária, a própria literalidade do art. 15 da LEF não ampara as conclusões firmadas pela instância de origem e ratificadas pelo eminente Relator deste processo. Vejamos:

Art. 15. *Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz:*

I - **ao executado**, a substituição da penhora por depósito em dinheiro **ou** fiança bancária;

(grifei)

Quanto a esse ponto, cabe fazer a necessária distinção com o disposto no art. 9º do mesmo diploma legal, que, ao facultar ao executado oferecer a fiança bancária como garantia da execução, tem como finalidade precípua *evitar a própria penhora*, como observa Humberto Theodoro Júnior:

Em matéria de garantia da execução, a Lei n. 6.830 apresenta como primeira novidade **a dispensa da solenidade da penhora**, quando o devedor, no prazo de citação, oferece, para segurança do juízo, depósito em dinheiro à ordem judicial, com correção monetária; bem como quando oferece fiança bancária (art. 9º, I e II).

(in Lei de Execução Fiscal. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 71)

Em suma, nesse particular, *não se pode confundir os dois momentos tratados no art. 9º e no art. 15 da LEF, pois, no primeiro, busca-se evitar a penhora e, no segundo, a substituição da penhora já realizada.*

Por fim, e sempre com a devida venia do eminente Relator, reservo-me o direito de não tecer comentários sobre argumentos metajurídicos ou ilações acerca de eventuais dificuldades ou crises financeiras que venham atingir os bancos, pequenos, médios ou grandes, limitando-me a analisar o caso concreto submetido à apreciação deste Colegiado, em que a fiança bancária foi prestada, na forma exigida pela legislação de regência, pelo Banco Santander, cuja capacidade e solidez ultrapassa os limites territoriais da Espanha, fazendo dele uma instituição respeitada em todo o mundo, com várias aquisições de outras instituições financeiras inclusive em nosso país, de que é exemplo a do Banco Real.

Com essas considerações, divergindo do eminente Relator, dou provimento ao agravo regimental para prover o recurso especial pela alínea **a**, reconhecendo a possibilidade de substituição da penhora *on-line* pela fiança bancária.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão assim sintetizado:

Agravo inominado contra decisão que negou seguimento ao recurso, nos termos do estabelecido no *caput*, do art. 557 do CPC. Ação de execução fiscal. Decisão que indeferiu o pedido de substituição da penhora realizada sobre dinheiro mantido em depósito junto a instituições financeiras por fiança bancária. Decisão vergastada que bem aplicou o direito ao caso concreto. Substituição de penhora que recaiu sobre dinheiro por fiança bancária. Impossibilidade. Aplicação do disposto no art. 15, I da Lei n. 6.830/1980 que permite a substituição da penhora que inicialmente teria que ter recaído em bem que não se consubstancia em dinheiro nem na referida fiança bancária. Observância ao art. 11, I, da Lei n. 6.830/1980. Decisão monocrática correta. Desprovimento do recurso. (fl. 239).

No especial, a recorrente alega violação do artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, ao argumento de que “o e. Órgão colegiado, ao não se manifestar acerca das omissões apontadas nos Embargos de Declaração,

questão manejada quando do manejo da insurgência, rejeitando-os, incorreu em fidedigno *error in judicando*, fazendo, pois, tábula rasa dos versículos legais suso referidos (art. 535, II, do CPC)” (fl. 262).

No mérito, aponta contrariedade do artigo 1º, *in fine*, da Lei de Execuções Fiscais; artigo 2º, § 2º, e artigo 2º, § 3º da Lei n. 4.657/1942 (LICC). Sustenta que “em nenhum momento poderia ter sido indeferido o pedido de substituição de garantia por conta da gradação de bens elencadas no art. 655, inciso I, do CPC, uma vez que esta matéria é exaustivamente disciplinada pela LEF, *ex vi* dos artigos 9º, inciso II; 9º, § 3º, art. 11, inciso I” (fl. 266).

Alega, ainda, ofensa aos artigos 9º, inciso II; 9º, § 3º; 11, inciso I, e artigo 15, inciso I, todos da Lei n. 6.830/1980. No seu entender, é perfeitamente cabível a substituição da penhora *on-line* realizada no caixa escriturário da empresa recorrente por fiança bancária no valor integral. Para tanto, afirma “que a carta de fiança bancária consta em segundo lugar no rol de garantia da execução, tratando-se, portanto, de bem preferencial” (fl. 269), bem assim, que o depósito em dinheiro ou fiança bancária produz os mesmos efeitos da penhora para garantir a execução. Suscita divergência jurisprudencial no ponto (fls. 270-279).

O Estado do Rio de Janeiro ofertou contra-razões, aduzindo, em síntese: I) ausência de prequestionamento dos dispositivos de lei federal supostamente violados (fls. 321-322); II) impedimento da Súmula n. 7-STJ (fl. 323); III) falta de comprovação do dissídio pretoriano; IV) impossibilidade de substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária no valor integral (fl. 333); V) “a execução se realiza pelo modo menos gravoso, mas no interesse do credor” (fl. 336).

Admitido o recurso especial, subiram os autos a esta Corte (fl. 356).

Com base no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, o nobre Relator, eminente Ministro Herman Benjamin, negou seguimento ao recurso com base nos seguintes argumentos:

a) não ter ocorrido violação ao disposto no artigo 535, do Código de Processo Civil, “uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada” (fl. 365);

b) ausência de comprovação da divergência jurisprudencial, porquanto “não foram cumpridas as exigências do art. 255, § 2º, do RISTJ, que determina o seguinte: ‘O recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que

configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados” (fl. 366);

c) a análise da alegação de que há a “possibilidade do devedor/executado apresentar garantia idônea à execução (carta de fiança bancária no mesmo valor da constrição) em substituição a penhora realizada em espécie” (fl. 262), esbarraria no impedimento da Súmula n. 7-STJ (fl. 367).

Interposto agravo regimental, negou provimento ao recurso, com base nos fundamentos a seguir expostos:

a) falta de preenchimento dos requisitos necessários à demonstração da divergência jurisprudencial, pois “o julgado apontado como paradigma trata de substituição de penhora sobre o faturamento da empresa por fiança bancária, hipótese que não guarda similitude fática com o entendimento do aresto recorrido, que versa sobre a impossibilidade de substituição do dinheiro pela fiança bancária”;

b) não haver previsão legal para a substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária a teor do disposto no artigo 15, inciso I, da Lei n. 6.830/1980. Salienta que “para a substituição do bem penhorado, parte-se do pressuposto de que não tenha sido realizado o depósito em dinheiro nem oferecida a fiança bancária, na forma do art. 9º, I, do referido diploma”;

c) o direito de ofertar a fiança bancária deveria ter sido exercido pelo recorrente logo após a citação e antes da penhora realizada pelo juízo, consoante o disposto no artigo 11, da Lei de Execuções Fiscais;

d) inviabilidade da substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária, pois aquele é o “bem sobre o qual prioritariamente deve recair a constrição judicial” em virtude de sua liquidez. No ponto, transcreve a ementa do REsp n. 801.550-RJ, da relatoria do Exmo. Ministro José Delgado, DJU de 08.06.2006. Sustenta, ainda, que na fiança bancária, se a Fazenda lograr-se vitoriosa, dependerá do pagamento do banco garantidor que, por sua vez, pode recusar-se a pagar ou até tornar-se insolvente.

A Excelentíssima Ministra Eliana Calmon inaugurou a divergência ao dar provimento ao agravo regimental para conhecer e julgar provido o especial, com base nas seguintes premissas:

a) a tese sobre a possibilidade ou não de substituir-se a penhora *on-line* pela fiança bancária não enseja o reexame de provas, nem tampouco se trata de entendimento pacífico nesta Corte a ensejar a incidência do art. 557, *caput*, do

CPC. Ao contrário, consigna ter encontrado apenas dois precedentes, no âmbito de medidas cautelares, que cuidam do tema (MC n. 9.949-BA, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 28.11.2005 e MC n. 13.590-RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.12.2007);

b) a liberação do dinheiro penhorado pode acarretar dificuldades que devem ser ponderadas, como por exemplo o caso da “Fazenda do Municipal de Brusque que, ao final, com o julgamento do recurso de apelação em favor do contribuinte, foi obrigada a devolver, em tempo exíguo, o valor da penhora”;

c) a penhora de R\$ 100.000,00 (cem mil) reais em dinheiro, mesmo para uma empresa de grande porte como a recorrente, causa grande impacto financeiro, tendo em vista existir ação anulatória discutindo a liquidez e certeza do débito. Ressalta, outrossim, que a penhora, convencional ou *on-line*, é ato preparatório do processo de execução, não podendo onerar o devedor a ponto de inviabilizar sua atividade empresária;

d) fiança bancária e penhora em dinheiro possuem o mesmo *status*, pois em ambos não se exige o termo de lavratura de penhora;

e) o artigo 185-A, do Código Tributário Nacional, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 118/2005, condiciona a indisponibilidade de bens e direitos do devedor tributário à inexistência de outros bens penhoráveis. Esse raciocínio também deve ser aplicado na hipótese em exame – crédito exequendo originário de multa administrativa aplicada pelo Procon;

f) impossibilidade de aplicar-se o disposto no artigo 655-A, do Código de Processo Civil (penhora *on-line*), com as alterações implementadas pela Lei n. 11.382/2006, pois o débito discutido remonta a período anterior à vigência desse diploma normativo, segundo informações colhidas às fls. 52-53.

Em outras palavras, o magistrado, no caso concreto, não poderia autorizar a penhora *on-line* antes de esgotadas as diligências para a localização de outros bens do executado, bem como em face do direito intertemporal. Nesse contexto, colacionou os seguintes julgados: AgRg no REsp n. 806.064-PE, Rel. Min. Mauro Campbell, DJe de 06.10.2008 e AgRg no REsp n. 992.590-BA, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 03.09.2008;

g) a substituição da penhora pelo executado pode ser realizada em qualquer fase do processo, pois não se pode confundir o que dispõem os artigos 9º e 15, *caput*, da LEF. O primeiro tem por objeto facultar ao executado o oferecimento de fiança bancária como garantia à execução, impedindo-se a penhora e, o segundo, a substituição da penhora já efetuada.

Na sessão de 04.11.2008, pedi vista dos autos para melhor exame.

De início, faço breve digressão sobre a cronologia dos fatos. A execução fiscal refere-se a multa administrativa aplicada à empresa pelo Procon do Estado do Rio de Janeiro, em processo administrativo motivado por reclamação do consumidor Sérgio Muniz da Silva (fl. 04).

A ora agravante foi citada via postal com Aviso de Recebimento juntado aos autos em 24.08.2007 (fls. 55 v. e 56). Deixou, entretanto, transcorrer *in albis* o prazo para indicação de bem à penhora, oportunidade em que o MM. Juiz de Direito da 11ª Vara da Fazenda Pública determinou o bloqueio eletrônico do valor do débito (R\$ 95.505,49), mediante penhora *on-line* – sistema Bacen-Jud (fl. 57). A constrição foi formalizada em 28.08.2007, conforme documento à fl. 60.

Em 27.09.2007, a executada requereu a substituição da penhora *on-line* realizada no seu caixa escriturário por fiança bancária emitida pelo Banco Santander no valor integral do débito (fls. 212-214).

O digno magistrado indeferiu o pedido ao argumento de que o dinheiro possui maior liquidez em relação à fiança bancária, bem assim que “uma vez movida a penhora em dinheiro, não pode esta ser substituída por fiança bancária, por enfraquecer a garantia do exequente” (fl. 218).

Contra a decisão foi interposto agravo de instrumento que deu ensejo ao presente recurso especial.

Passo a expor o meu entendimento.

Por ser prejudicial, aprecio a alegação de ofensa ao artigo 535, do Código de Processo Civil. Alega-se existir omissão quanto aos seguintes pontos:

a) aplicação dos artigos 1º, *in fine*, da LEF, 2º, § 2º e art. 2º, § 3º da Lei n. 4.657/1942 (LICC). Defende, com base no princípio da especialidade das normas, que devem ser aplicadas às questões processuais surgidas na execução fiscal as regras da Lei de Execução Fiscal (fl. 262);

b) sobre a impossibilidade de aplicar-se o artigo 655, inciso I, do CPC para a solução da lide “à luz da disciplina específica da ordem de preferência de bens na execução fiscal pela LEF” (fl. 263).

c) “outro aspecto que restou baldio de enfrentamento pelo v. acórdão, é a possibilidade do devedor/executado apresentar garantia idônea à execução (carta de fiança bancária no mesmo valor da constrição) em substituição a

penhora realizada em espécie, a teor do disposto nos artigos 9º, inciso II; art. 9º, § 3º; art. 11, inciso I, todos da Lei n. 6.830/1980” (fl. 262);

Não merece guarida a pretensão, consoante bem salientado pelo Exmo. Ministro Relator.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro examinou, bem ou mal, todas as questões relevantes para o deslinde da controvérsia.

A primeira e segunda alegações – impossibilidade de aplicar-se as regras do processo de execução previstas no CPC em detrimento do regramento específico da Lei de Execução Fiscal – foram assim examinadas pelo aresto recorrido:

Quanto à impossibilidade de aplicação de dispositivo do CPC ao caso em tela, não vislumbra este Julgador qualquer óbice à referida aplicação, mormente em razão do que preceitua o art. 1º da Lei n. 6.830/1980 (fl. 240).

Não há se cogitar de omissão a respeito do tema, pois se mostra desnecessário que o acórdão apreciasse o disposto nos artigos 2º, § 2º e art. 2º, § 3º da Lei de Introdução do Código Civil e 655, inciso I, do Código de Processo Civil, consoante requer a empresa.

A terceira irresignação – possibilidade de o executado apresentar carta de fiança bancária no mesmo valor total do débito em substituição a penhora realizada em dinheiro – foi o tema central do acórdão, não havendo, pois, a apontada omissão. Para ilustrar, colaciono excerto do aresto proferido pelo TJ-RJ:

A penhora já se aperfeiçoou quando recaiu sobre dinheiro mantido em depósito junto a instituições financeiras pelo agravante, logo, não haveria qualquer razão para se autorizar a substituição por fiança bancária, uma vez que a penhora já recaiu inicialmente por dinheiro (fl. 140).

Passo a apreciar, os requisitos de admissibilidade do recurso especial.

Quanto aos artigos 2º, § 2º e 2º, § 3º da Lei de Introdução do Código Civil e o artigo 655, inciso I, do Código de Processo Civil, constata-se a ausência do requisito indispensável do prequestionamento viabilizador do acesso às instâncias especiais. Não obstante tenha havido oposição de embargos de declaração, é cediço que o órgão julgador não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses levantadas pelas partes. Essa circunstância atrai a aplicação da Súmula n. 211 desta Corte, que assim dispõe:

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

Por outro lado, o artigo 1º – que trata da aplicação subsidiária do CPC ao processo de execução fiscal –; o artigo 9º, inciso II e § 3º – o qual dispõe sobre ordem a ser obedecida para garantia da execução fiscal e a realização do depósito em dinheiro ou de fiança bancária como instrumentos aptos a substituir a penhora –; o artigo 11, inciso I – que prevê a ordem de nomeação de bens à penhora –; e o artigo 15, inciso I – que estabelece as condições para a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária, ainda que implicitamente, encontram-se prequestionados.

Ainda com relação às condições de conhecimento do apelo, peço vênica para dissentir do nobre Ministro Relator, para acompanhar a Exma. Ministra Eliana Calmon no sentido de que a tese de fundo – possibilidade ou não de substituição da penhora *on-line* pela fiança bancária – não carece do revolvimento de matéria fática.

A aplicação da Súmula n. 7-STJ foi assim justificada pelo eminente Relator:

No mérito, convém transcrever o seguinte excerto da decisão recorrida:

A penhora já se aperfeiçoou quando recaiu sobre dinheiro mantido em depósito junto a instituições financeiras pelo agravante, logo, não haveria qualquer razão para se autorizar a substituição por fiança bancária, uma vez que a penhora já recaiu inicialmente por dinheiro. (fl. 240)

Já nas razões do apelo nobre, sustenta-se que “há possibilidade do devedor/ executado apresentar garantia idônea à execução (carta de fiança bancária no mesmo valor da constrição) em substituição a penhora realizada em espécie” (fl. 262).

É inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Aplicação da Súmula n. 7-STJ (fls. 366-367).

Como se vê, a discussão aborda matéria de direito, sendo dispensável o reexame do conjunto fático-probatório dos autos (substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária).

Afasto-se, também, qualquer ilação a justificar a incidência da Súmula n. 7-STJ, sob o pressuposto de que seria necessário aferir, no caso concreto, se a

penhora em dinheiro seria o meio mais gravoso à empresa. Tal assertiva não afasta a viabilidade de conhecimento do apelo no que tange à possibilidade de substituição do depósito em dinheiro pela fiança bancária, nem tampouco foi a tese central do recurso extremo.

O dissídio jurisprudencial suscitado obedeceu às formalidades contidas nos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, do RISTJ. Para ilustrar, transcrevo fragmentos das razões do especial:

Portanto, resta clara a divergência de interpretações conferidas ao art. 15, inciso I da Lei n. 6.830/1980 entre o Tribunal *a quo* e o e. Superior Tribunal de Justiça, pois à luz do acórdão recorrido '*O referido preceito autoriza a substituição da penhora por dinheiro ou por fiança bancária, donde se deduz que a penhora inicialmente teria que ter recaído em bem que não se consubstancia em dinheiro nem na referida fiança bancária ... e que ...o legislador idealizou o art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 em prol do exequente, eis que a possibilidade de substituição visa melhorar a iliquidez da garantia a favor do mesmo*'.

Por sua vez, o e. Superior Tribunal no arresto paradigma, anotou que ... '*O art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 confere à fiança bancária o mesmo status do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal, não se podendo ignorar a efetiva segurança que tem o credor por meio da fiança ...*', admitindo, destarte, a substituição da penhora em espécie pela garantia fidejussória posta em questão (fl. 278).

Ainda que assim não fosse, em face do prequestionamento de vários dispositivos de lei federal e do afastamento da incidência da Súmula n. 7-STJ, o apelo deve ser conhecido.

No mérito, a matéria ainda não se encontra pacificada nesta Corte. Consoante bem salientou a Exma. Ministra Eliana Calmon, são poucos os precedentes que tratam especificamente sobre a questão. No ponto, passo a emitir meu pronunciamento.

O artigo 15, inciso I, da Lei de Execuções Fiscais prevê a possibilidade de o executado, em qualquer fase do processo, substituir a penhora realizada por depósito em dinheiro ou fiança bancária. Confira-se a dicção da norma:

Art. 15 - Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz:

I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária; e

II - à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.

Conforme consignado pela Exma. Ministra Eliana Calmon, no voto-vista e por ocasião do julgamento do aresto indicado como paradigma, o artigo 15, inciso I, da Lei de Execuções Fiscais “confere à fiança bancária o mesmo *status* do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal” (REsp n. 660.288-RJ, DJU de 10.10.2005).

Na mesma linha: AgRg no Ag n. 945.901-SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 29.10.2008 e REsp n. 849.757-RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 20.11.2006.

Entretanto, entendo que deve ser ressalvada a hipótese em que o devedor, de modo voluntário, garantir a execução por meio de depósito em dinheiro. Nesse aspecto concordo com os argumentos do Exmo. Ministro Herman Benjamin, admitindo que a fiança bancária não possui a mesma liquidez que o depósito realizado voluntariamente em dinheiro.

O artigo 15, inciso I, da Lei de Execuções Fiscais, que autoriza a substituição da penhora por dinheiro ou fiança bancária, deve ser aplicado em harmonia com o princípio da menor onerosidade para o devedor insculpido no artigo 620, do Código de Processo Civil. Entretanto, tal medida não pode dificultar a satisfação do crédito pelo exequente.

Nesse sentido são os recentes precedentes desta Corte, ambos da relatoria do Exmo. Ministro Luiz Fux:

Agravo regimental. Art. 545 CPC. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Nomeação de bem à penhora. Imóvel. Recusa. Viabilidade do bem indicado. Súmula n. 7-STJ.

1. O credor pode recusar bem oferecido à penhora, postulando a observância da ordem legal prevista no art. 11 da Lei de Execução Fiscal, mormente em se tratando de penhora sobre o faturamento da empresa, providência de caráter excepcional.

2. Em sede de Execução Fiscal, demonstrado que o bem nomeado à penhora é de difícil alienação, acolhendo impugnação do credor, determinar a substituição do bem penhorado, por outros livres, sem que haja malferimento do art. 620 do CPC, máxime porque a penhora visa à expropriação de bens para satisfação integral do crédito exequendo.

3. O princípio da menor onerosidade não é absoluto e deve ser ponderado à luz dos interesses de cada parte. Precedentes: *AgRg no REsp n. 511.730-MG*, Relator Ministro *Francisco Falcão*, DJ de 20 de outubro de 2003; *REsp n. 627.644-SP*, desta relatoria, DJ de 23 de abril de 2004; *AgRg no AG n. 648.051-SP* Relator Ministro *José Delgado*, DJ 08 de agosto de 2005.

4. 'A controvérsia sobre a não-aceitação pelo credor dos bens oferecidos à penhora, em sede de execução fiscal, e a observância de que o processo executivo se dê da maneira menos gravosa ao devedor requerem atividade de cognição ampla por parte do julgador, com a apreciação percuciente das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial por força da Súmula n. 7 do STJ', consoante entendimento cediço no STJ. Precedentes jurisprudenciais: *REsp n. 346.212-SP*, 2ª Turma, Relator Ministro *João Otávio de Noronha*, DJ de 20 de fevereiro de 2006; *AgRg no REsp n. 768.720-SP*, Rel. Min. *Francisco Falcão*, DJ 19.12.2005; *AgRg no Ag n. 682.851-SP*, Rel. Min. *Castro Meira*, DJ 19.09.2005; *AgRg no Ag n. 634.045-SP*, Rel. Min. *Luiz Fux*, DJ 13.06.2005; *AgRg no Ag n. 547.959-SP*, Rel. Min. *Denise Arruda*, DJ 19.04.2004.

5. A análise da viabilidade do bem indicado à penhora pela empresa executada demanda reexame das circunstâncias fáticas da causa, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula n. 7-STJ.

6. Agravo regimental desprovido (*AgRg no AgRg no Ag n. 806.639-GO*, DJe de 03.11.2008);

Processual Civil. Execução fiscal. Penhora de bens da executada. Substituição por direito de crédito decorrente de precatório. Art. 656 do CPC. Art. 15, I, da Lei n. 8.630/1980. Impossibilidade.

1. A substituição da penhora, em sede de execução fiscal, só é admissível, independentemente da anuência da parte exeqüente, quando feita por depósito em dinheiro ou fiança bancária, consoante expressa determinação legal (art. 15, I, da Lei n. 6.830/1990). Precedentes: *REsp n. 926.176-RJ*, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 21.06.2007; *REsp n. 801.871-SP*, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 19.10.2006; *AgRg no REsp n. 645.402-PR*, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 16.11.2004; *REsp n. 446.02-RS*, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 03.02.2003.

2. O crédito representado por precatório é bem penhorável, mesmo que a entidade dele devedora não seja a própria exeqüente. Enquadra-se na hipótese do inciso XI do art. 655 do CPC, por se constituir em direito de crédito. Não se confunde com dinheiro, que poderia substituir o imóvel penhorado independente do consentimento do credor. Precedente: (*REsp n. 893.519-RS*, DJ 18.09.2007 p. 287).

3. Deveras, a substituição da penhora por outro bem que não aqueles previstos no inciso I, do art. 15 da Lei n. 6.830/1980, exige concordância expressa do exeqüente, sendo certo que precatório não significa dinheiro para fins do art. 11, da LEF.

4. A execução se opera em prol do exeqüente e visa a recolocar o credor no estágio de satisfatividade que se encontrava antes do inadimplemento. Em consequência, realiza-se a execução em prol dos interesses do credor (arts. 612 e 646, do CPC). Por conseguinte, o princípio da economicidade não pode superar o da maior utilidade da execução para o credor, propiciando que a execução se realize por meios ineficientes à solução do crédito exeqüendo.

5. 'A recusa, por parte do exeqüente, da nomeação à penhora de crédito previsto em precatório devido por terceiro pode ser justificada por qualquer das causas previstas no CPC (art. 656)' – (AgRg no REsp n. 826.260, voto-vencedor, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 07.08.2006).

6. A verificação do princípio da menor onerosidade demanda análise de matéria fático-probatória, insindivisível nesta Corte, ante o óbice da Súmula n. 7-STJ.

7. Recurso especial não conhecido (REsp n. 927.025-SP, DJe de 12.05.2008).

O próprio legislador reconhece a diferença de liquidez entre o depósito em dinheiro e a fiança bancária. Prova disso é a Lei Federal n. 9.703, de 17 de novembro de 1998, a qual determina, com relação aos tributos e contribuições federais, que os depósitos judiciais e extrajudiciais, inclusive seus acessórios, devam ser imediatamente encaminhados para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade:

Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, de valores referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, serão efetuados na Caixa Econômica Federal, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - Darf, específico para essa finalidade.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos débitos provenientes de tributos e contribuições inscritos em Dívida Ativa da União.

§ 2º Os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais.

§ 3º Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores; ou

II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional.

§ 4º Os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição.

§ 5º A Caixa Econômica Federal manterá controle dos valores depositados ou devolvidos;

Art. 2º Observada a legislação própria, o disposto nesta Lei aplica-se aos depósitos judiciais e extrajudiciais referentes às contribuições administradas pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

No mesmo toar, a Lei Federal n. 10.482, de 03 de julho de 2002 regulamenta, no âmbito dos Estados e Distrito Federal, a destinação dos depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos, sendo expressa ao vincular essa receita ao pagamento de precatórios alimentares, segundo redação de seu artigo 4º:

Art. 4º Os recursos repassados aos Estados e ao Distrito Federal na forma desta Lei serão aplicados exclusivamente no pagamento de precatórios judiciais relativos a créditos de natureza alimentar.

No âmbito dos Municípios, a Lei Federal n. 10.819, de 16 de dezembro de 2003, prevê a utilização dos recursos provenientes dos depósitos judiciais referentes aos tributos da municipalidade exclusivamente para o pagamento dos precatórios judiciais de qualquer natureza, dívida fundada do Município e, de modo residual, para as despesas de capital.

Nesse sentido é o conteúdo dos artigos 1º e 4º, desse diploma normativo:

Art. 1º Os depósitos judiciais, em dinheiro, referentes a tributos e seus acessórios, de competência dos Municípios, inclusive os inscritos em dívida ativa, serão efetuados, a partir da data da publicação desta Lei, em instituição financeira oficial da União ou do Estado a que pertença o Município, mediante a utilização de instrumento que identifique sua natureza tributária.

§ 1º Os municípios poderão instituir fundo de reserva, destinado a garantir a restituição da parcela dos depósitos referidos no *caput* que lhes seja repassada nos termos desta Lei.

§ 2º Ao município que instituir o fundo de reserva de que trata o § 1º, será repassada pela instituição financeira referida no *caput* a parcela correspondente a setenta por cento do valor dos depósitos de natureza tributária nela realizados a partir da vigência desta Lei.

§ 3º A parcela dos depósitos não repassada nos termos do § 2º será mantida na instituição financeira recebedora, que a remunerará segundo os critérios originalmente atribuídos aos depósitos (grifei).

Art. 3º Os recursos repassados na forma desta Lei aos Municípios, ressalvados os destinados ao fundo de reserva de que trata o § 1º do art. 1º, serão aplicados, exclusivamente, no pagamento:

I – de precatórios judiciais de qualquer natureza;

II – da dívida fundada do Município.

Parágrafo único. Na hipótese de previsão na lei orçamentária municipal de dotações suficientes para o pagamento da totalidade das despesas referidas nos incisos I e II exigíveis no exercício, o valor excedente dos repasses de que trata o *caput* poderá ser utilizado para a *realização de despesas de capital* (grifei).

Vê se, portanto, que o próprio legislador confere maior liquidez aos depósitos em dinheiro em comparação com a fiança bancária, pois permite a imediata utilização dos recursos depositados, em contrapartida à garantia fidejussória, passível de uso efetivo apenas ao final do processo.

Todavia, o entendimento de que o depósito em dinheiro é dotado de maior liquidez do que a fiança bancária deve ser aplicado apenas quando já houver sido realizado, voluntariamente, o depósito em dinheiro pelo executado.

Mas esse não é o contexto fático dos autos. Não houve depósito voluntário realizado pela empresa agravada, mas penhora *on-line* determinada de ofício pelo MM. Magistrado singular, em flagrante desrespeito aos preceitos dos artigos 655-A, do Código de Processo Civil e, principalmente, pela regra da especialidade, do disposto no artigo 185-A, do Código Tributário Nacional.

Com efeito, o primeiro prevê que a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira deve, dentre outras formalidades, ser requerida pelo exequente. O dispositivo encontra-se assim redigido:

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, *a requerimento do exequente*, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006).

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006).

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade. (Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006).

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exeqüente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida. (Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006).

§ 4º Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, nos termos do que estabelece o *caput* deste artigo, informações sobre a existência de ativos tão-somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa a violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, de acordo com o disposto no art. 15-A da Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. (Incluído pela Lei n. 11.694, de 2008-grifei);

Já o artigo 185-A, do CTN dispõe sobre a necessidade de serem esgotados todos os meios para localização de outros bens do executado antes da determinação de indisponibilidade, *in verbis*:

Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, *devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis*, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. (Incluído pela LC n. 118, de 2005)

§ 1º A indisponibilidade de que trata o *caput* deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. (Incluído pela LC n. 118, de 2005)

§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o *caput* deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido. (Incluído pela LC n. 118, de 2005).

Na mesma orientação, é a Resolução n. 524, de 28, de setembro de 2006, que institucionalizou a utilização do Sistema Bacen-Jud 2.0 na Justiça Federal de primeiro e segundo graus.

Confira-se a o teor de seu artigo 1º:

Art. 1º Em se tratando de execução definitiva de título judicial ou extrajudicial, ou em ações criminais, de improbidade administrativa ou mesmo em feitos originários do Tribunal Regional Federal poderá o magistrado, via Sistema Bacen-Jud 2.0, solicitar o bloqueio/desbloqueio de contas e ativos financeiros ou a pesquisa de informações bancárias.

Parágrafo único. *No processo de execução, a emissão da ordem em comento poderá ocorrer desde que requerida pelo exeqüente, face à inexistência de pagamento da dívida ou garantia do débito* (arts. 659 do CPC e 10 da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980), com precedência sobre outras modalidades de constrição judicial; podendo, nas demais ações, tal medida ser adotada inclusive *ex officio* (grifei).

Assim, deve ser autorizada a substituição da penhora *on-line* pela fiança bancária, pois, pelo que se observa dos autos, foi o próprio magistrado que, de ofício, determinou fosse realizada a constrição nas contas da empresa (fl. 57), sem prova de que tenham sido exauridos todos os meios para a localização de outros bens do devedor.

Em suma, têm-se as seguintes situações:

- a) a fiança bancária possui o mesmo *status* do depósito em dinheiro para efeitos de substituição de penhora, sendo instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal;
- b) se houver depósito em dinheiro realizado voluntariamente pelo executado não deve ser admitida a substituição pela fiança bancária, em face da maior liquidez do depósito;
- c) se o depósito em dinheiro for determinado de ofício pelo magistrado – penhora *on-line* via Bacen-Jud – sem observância das regras dos artigos 655-A, do CPC e 185-A, do CTN, deve ser autorizada a substituição pela fiança bancária, já que deve ser presumida a boa-fé do devedor.

Ante o exposto, *peço vênia ao Excelentíssimo Ministro Relator, para acompanhar a divergência inaugurada pela Excelentíssima Ministra Eliana Calmon para dar provimento ao agravo regimental, por outros fundamentos.*

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Martins:

Processual Civil. Agravo regimental em recurso especial. Execução fiscal. Penhora *on line*. Substituição por fiança bancária. Possibilidade. Atos anteriores à Lei n. 11.382/2006. Divergência acompanhada. Agravo regimental provido.

Cuida-se de agravo regimental em recurso especial de *Carrefour Comércio e Indústria Ltda.* em face do *Estado do Rio de Janeiro*, trazido à mesa pelo eminente relator Min. Herman Benjamin, com voto pelo não-provimento do recurso.

Transcrevo a ementa do acórdão recorrido (fls. 239):

Agravo inominado contra decisão que negou seguimento ao recurso, nos termos do estabelecido no *caput*, do art. 557, do CPC. Ação de execução fiscal, decisão que indeferiu o pedido de substituição da penhora realizada sobre dinheiro mantido em depósito junto a instituições financeiras por fiança bancária. Decisão vergastada que bem aplicou o direito ao caso concreto. Substituição de penhora que recaiu sobre dinheiro por fiança bancária. Impossibilidade. Aplicação do disposto no art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 que permite a substituição da penhora que inicialmente teria que ter recaído em bem que não se consubstancia em dinheiro nem na referida fiança bancária. Observância ao art. 11, I, da Lei n. 6.830/1980. Decisão monocrática correta. Desprovimento do recurso.

Entre as várias fundamentações contidas no erudito voto de Sua Excelência, destaca-se a tese de que *não é possível a substituição de penhora em dinheiro por fiança bancária*.

A Ministra Eliana Calmon, em voto-vista, apresentou refutações a boa parte das teses que arrimam o voto do eminente relator. Em síntese, entende a digna ministra que:

- a) a fiança bancária é garantia idônea para a execução e pode ser oferecida a qualquer tempo;
- b) os atos processuais são anteriores à vigência da Lei n. 11.382/2006, o que afastaria a possibilidade de penhora *on line* antes de esgotadas as diligências necessárias à localização de bens do devedor.

Posteriormente, o Ministro Castro Meira, em não menos erudito voto-vista, acompanha a divergência, por fundamentos diversos, os quais podem ser assim sintetizados:

a) no caso concreto, deve-se autorizar a substituição da penhora *on line* pela fiança bancária, “pois, pelo que se observa dos autos, foi o próprio magistrado que, de ofício, determinou fosse realizada a constrição nas contas da empresa (fls. 57), sem prova de que tenham sido exauridos todos os meios para a localização de outros bens do devedor”;

b) com isso, podem-se estabelecer três situações hipotéticas distintas para casos de penhora *on line* e fiança bancária:

i) a fiança bancária tem o mesmo nível de eficácia do depósito em dinheiro, para fins de penhora, sendo instrumento bastante e suficiente para garantir a execução fiscal;

ii) se houver depósito voluntário em dinheiro pelo executado, não se há de permitir a substituição pela fiança bancária, em face da maior liquidez do depósito;

iii) se o depósito em dinheiro for determinado de ofício pelo juiz, por meio de penhora *on line* via Bacen-Jud, sem o respeito aos arts. 655-A do CPC e 185-A do CTN, deve-se autorizar a substituição da penhora pela fiança bancária, na medida em que se há de presumir a boa-fé do devedor.

É, no essencial, o relatório.

Examino as alegações contidas no recurso.

Violação do art. 535 do CPC. A preliminar recursal foi rejeitada por todos os ministros que me antecederam. Dispensó-me de repisar essa questão, acolhendo as observações já contidas nos votos precedentes, no sentido de sua rejeição.

Acompanho o relator quanto à inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC.

Preliminar de ausência de prequestionamento. Há preliminares em relação à ausência de prequestionamento. Concorde com o Ministro Castro Meira no sentido de que a matéria foi objeto de provocação no Tribunal de Apelação, por meio de embargos, o que afasta a aplicação da Súmula n. 282-STF.

Não-conhecimento por efeito da Súmula n. 7-STJ. Divirjo do relator e, nesse ponto, acompanho a dissidência inaugurada pela Ministra Eliana Calmon, quanto à possibilidade de cognição do recurso.

Creio que não há exame de matéria fática e sim expugnação de tese jurídica, a saber, *a substituição de penhora por fiança bancária*.

Creio que se decantaram os elementos fáticos e tem evidência a tese jurídica abstrata e perfeitamente individualizada.

Não somente. O dissídio pretoriano é notório e, por esse fundamento, abrir-se-iam as portas ao permissivo e.

Entendo, por conseguinte, ser apto o recurso ao conhecimento pleno.

Mérito. Quanto à matéria de fundo, com as devidas vênias ao relator, hei de acompanhar a divergência, precisamente em razão dos fundamentos destacados pela Ministra Eliana Calmon.

Outrossim, no julgamento da MC n. 13.590-RJ sufraguei tese simétrica a que ora se sustenta no voto divergente, a saber:

Processual Civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo ao recurso especial. Execução fiscal. Penhora *on line*. Excepcionalidade. Substituição por fiança bancária. Cabimento. Liminar deferida.

1. Nos termos das Súmulas n. 634 e 635 do STF, não se concede medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade no Tribunal de origem.

2. Excepcionalmente, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, esta Corte aceita a competência para julgar medida cautelar, antes do juízo de admissibilidade do recurso especial.

3. A inércia da devedora não justifica a *penhora on line* de vultosa quantia, antes de realizadas as diligências para buscar bens penhoráveis, nos termos do art. 185-A do CTN. Precedentes.

4. “O art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 confere à fiança bancária o mesmo status do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal”. (REsp n. 660.288-RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.09.2005, DJ 10.10.2005.)

5. In casu, a executada oferece garantia de fiança bancária em valor superior ao montante do crédito fazendário.

Medida liminar concedida para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial até seu julgamento por esta Corte Superior, sem prejuízo do juízo de admissibilidade do Tribunal *a quo*.

(MC n. 13.590-RJ, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 06.12.2007, DJ 11.12.2007, p. 170.)

É nítida a confluência entre os votos dissidentes quanto a esse ponto, com a pequena diferenciação feita no voto do Min. Castro Meira em relação à *assimetria material entre a fiança bancária e o depósito pecuniário voluntário*.

Na espécie, a substituição é cabível. Ela atende aos princípios do processo de execução. Mais do que isso. Essa tese prestigia o *princípio constitucional*

da livre iniciativa, sob o enfoque da proteção da atividade empreendedora contra interferências excessivas do poder estatal sobre sua economia interna (cf. CAVALERI, Paolo. *Iniziativa economica privata e costituzione 'vivente': contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Costituzione*. Padova: Cedam, 1978, p. 261-269).

Concordo, porém, com a diferenciação operada no voto do Min. Castro Meira, quanto à ausência de simetria plena entre o depósito em dinheiro e a fiança bancária, no tocante à liquidez. Se realizado o depósito voluntário em espécie pelo executado, não se há de aceitar ou deferir a substituição superveniente. A liquidez da pecúnia não se transmite à fiança bancária em idêntica extensão.

Daí ser conveniente e oportuno adotar-se os três critérios propostos pelo Min. Castro Meira, os quais têm por si, ademais, a abstração para outros casos, servindo de moldura jurisprudencial útil aos ofícios do STJ.

Conclusão. Ante o exposto, com as necessárias homenagens, acompanho a divergência inaugurada pela Ministra Eliana Calmon, mas assentado nos fundamentos mais amplos propostos pelo Min. Castro Meira, e dou provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 28.261-SP
(2008/0257979-1)**

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Recorrente: Itaoca S/A Administração de Bens e outros
Advogado: Flávio José de Souza Brando
Recorrido: Estado de São Paulo
Procurador: Antonia Marilda Ribeiro Alborgheti e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Precatório. Recurso ordinário em mandado de segurança. Decisão do Presidente do Tribunal no processamento de

precatórios. Sequestro de recursos financeiros. Exclusão dos juros compensatórios aplicados de modo continuado em cálculo apresentado pelo Depre. Possibilidade.

1. O Presidente do Tribunal local é competente para corrigir erro de cálculo, nos termos do disposto no art. 1º- E da Lei n. 9.494/1997, incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, em que se lhe permite, de ofício ou a requerimento das partes, proceder à revisão das contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor.

2. Ao excluir os juros compensatórios do cálculo da sentença exequenda, o órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo atuou nos estritos limites de sua competência, procedente a retificação da conta, segundo precedentes jurisprudenciais firmados até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal: “O pagamento de precatórios segundo o critério de parcelamento previsto no art. 78 da ADCT não prevê a incidência de juros compensatórios, mas somente dos juros legais”. AI-AgR n. 545.938-SP, DJ 14.12.2007, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgamento, 23.10.2007, órgão julgador: Primeira Turma.

3. Recurso ordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 07 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por *Itaoca S/A Administração de Bens e outros*, com fundamento no artigo 105, inciso II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por maioria, denegou a segurança pleiteada, nos termos do aresto ementado (fls. 613-641):

Mandado de segurança. Insurgência contra acórdão em agravo de instrumento que afastara juros moratórios e compensatórios em continuação. Ausência de direito líquido e certo. Acórdão que afastou tais acréscimos em razão de situação típica, acordo celebrado entre as partes em 1993 que visara finalizar discussões sobre critérios de atualização, alterando o *decisum*. Débito que restou para pagamento em parcelas, sem cláusula penal. Pagamentos realizados. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada.

Inconformada, a parte interpõe o presente Recurso Ordinário, lastreado no argumento de existência de direito líquido e certo fundado na incompetência funcional do Órgão Especial do Tribunal de origem, em sede administrativa, para alterar critérios definidos na origem do precatório, no que incabível a exclusão dos juros compensatórios em continuação.

Em contra-razões, o Estado de São Paulo defende que o provimento administrativo que não afasta a incidência, no precatório, de juros compensatórios em continuação é incompatível com a Constituição.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso mas, caso conhecido, pelo não provimento, em parecer nesses termos ementado (fls. 900-905):

Recurso em mandado de segurança. Razões dissociadas. Precatório. Incidência de juros moratórios e compensatórios. Impossibilidade.

1 - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, adequando-se ao posicionamento do Excelso Pretório, já se firmou no sentido de que, por abranger apenas a atualização monetária dos valores insertos no precatório principal, não é possível, em sede de precatório complementar, a inclusão dos juros compensatórios e moratórios;

2 - Parecer pelo não conhecimento do recurso. Se conhecido, pelo não provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Cuida-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a segurança pleiteada para manter decisão administrativa proferida pelo Órgão Especial daquela Corte que, após julgamento de agravo regimental, determinou o retorno dos autos ao Depre para que, obedecidos os termos de acordo existente entre as partes, o cálculo fosse feito, expurgando-se os juros compensatórios em continuação a partir da data do acordo.

Inicialmente, peço vênia a meus pares para explicitar as questões de fato que permeiam a controvérsia, para o fim de ser melhor compreendida.

Os Recorrentes são autores de ação ordinária de indenização aforada no ano de 1982, em que o pedido dela constante foi julgado procedente, em todas as instância, ocasionando a expedição de precatório colhido pelos efeitos do art. 33 do ADCT.

No ano de 1993, firmaram as partes acordo, homologado judicialmente, por meio do qual foi avençado a forma de pagamento das parcelas vencidas, com o objetivo de evitar discussões judiciais a respeito de critérios de atualização passados, restando fixados os montantes de cada uma das parcelas acordadas e vincendas.

Em razão do cumprimento a destempo das parcelas de número 6 e 7 e sem a inclusão da correção monetária pela Fazenda estadual, os então credores apresentaram ao juízo singular cálculo de apuração de insuficiência, promovendo nova citação do Estado de São Paulo.

Citada, a Fazenda apresentou embargos à execução, julgados parcialmente procedentes para delimitar o montante pecuniário devido, utilizando-se, para tanto, de perícia contábil.

O magistrado de piso julgou parcialmente procedente os embargos à execução, em que se adotou, como razões de decidir, os valores alcançados pelo *expert* do juízo.

Inconformada com a decisão, a Fazenda do Estado interpôs apelação e o TJSP, à unanimidade, negou provimento ao recurso e condenando-a à sanção pela prática de litigância de má-fé.

Nesse ínterim, os Recorrentes requereram o pagamento da diferença que entenderam devida. Ao fundamento de quebra cronológica, os Recorrentes

pleitearam o seqüestro de rendas da Fazenda, pedido este deferido pela Presidência do TJSP.

Inconformado o Estado de São Paulo interpôs agravo interno que restou provido para o fim de que fosse refeito o cálculo, excluindo-se os juros compensatórios do precatório, bem assim suspensa a determinação do seqüestro dos valores.

Contra essa decisão é que se impetrou o Mandado de Segurança, originário do presente Recurso Ordinário.

Explicitadas as questões de fato, passo à análise da controvérsia.

A questão limita-se em saber se o Presidente do Tribunal possui competência para, de ofício ou a requerimento das partes, proceder à revisão das contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor.

Conforme explicitado linhas atrás, após o deferimento de seqüestro do montante que gira em torno de 56 milhões de reais, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proveu agravo interno para que, obedecidos os termos de acordo existente entre as partes, o cálculo fosse refeito, expurgando-se os juros compensatórios em continuação a partir da data do acordo.

Extrai-se dos autos que o critério adotado pelo Depre para o cálculo do valor das prestações, que contempla a aplicação de juros compensatórios em continuação, destoa de farta jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça, dado que o artigo 78, *caput*, do ADCT, instituidor da nova moratória constitucional, prevê apenas a incidência de juros legais.

O preceito encartado no artigo 33 do ADCT encerra uma nova realidade. Faculta-se ao Estado a satisfação dos valores pendentes de precatórios, neles incluídos os juros remanescentes. Observadas as épocas próprias das prestações, impossível é cogitar a mora, descabendo a incidência dos juros, no que pressupõe inadimplemento.

Os juros compensatórios, por sua vez, têm incidência cessada em face da referência apenas aos remanescentes e às parcelas tidas como iguais e sucessivas.

Quando se trata da incidência de juros moratórios e compensatórios em cálculo do montante a ser executado, é preciso constatar que, por absoluta impropriedade técnica, são incluídos de modo continuado nas contas relativas a precatórios complementares e precatórios submetidos à moratória prevista nos arts. 33 e 78 do ADCT.

Na hipótese dos autos, não se pode falar em alteração de critério jurídico, mas em simples correção de erro existente em cálculo apresentado pelos contadores que não observou o objeto do acordo, fundamento do precatório, em que os Recorrentes concordaram em receber parceladamente as diferenças do 1º, 2º e 3º oitavos apuradas na requisição administrativa e em receber parceladamente o valor devido na sequência, também objeto da avença, concedendo desconto de 27%, sem cláusula penal, por eventual atraso no pagamento, o que por óbvio demandaria cálculo diferenciado por parte do Depre, para fins de apuração do verdadeiro saldo do precatório.

Esse erro, que não guarda nenhum vínculo com os critérios jurídicos definidos no título exequendo, é corrigível a qualquer tempo, mesmo por decisão administrativa do Presidente do Tribunal *a quo*, valendo-se da prerrogativa definida no art. 1º-E da Lei n. 9.494/1997.

Por oportuno, observo que a mera existência dessa prerrogativa afasta a alegação de que o Presidente do Tribunal *a quo* não teria competência para a matéria.

O pagamento de precatórios segundo o critério de parcelamento previsto no art. 78 do ADCT não prevê a incidência de juros compensatórios, mas somente dos juros legais:

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

Confirmam-se decisões do STF sobre a matéria:

Constitucional. Precatório. Art. 78 do ADCT. Art 5º, XXIV e XXXVI. Ofensa reflexa. Necessidade de reexame de prova. Incidência da Súmula n. 279 do STF. Agravo improvido.

I - O art. 78 do ADCT, possui a mesma mens legis do art. 33 do mesmo Ato. Dessa forma, em tendo sido calculado o valor devido na data da promulgação da EC n. 30/2000, acrescidos dos juros legais e da correção monetária, aqueles não mais incidirão por ocasião do pagamento das parcelas sucessivas.

Omissis.

IV - Agravo regimental improvido.

(RE-AgR n. 421.616-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 10.08.2007)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Precatório. Art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não incidem juros de mora e compensatórios no período compreendido pelo art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No caso do pagamento em atraso, são cabíveis os juros moratórios. Precedentes.

Omissis.

(AI-AgR n. 545.938-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 14.12.2007)

No mesmo sentido da posição que adoto neste voto, esta Corte já teve oportunidade de se pronunciar:

Processual Civil. Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Decisão do Presidente do Tribunal no processamento de precatórios. Natureza administrativa. Súmula n. 311-STJ. Precatório parcelado nos moldes do art. 78 do ADCT. Seqüestro de recursos financeiros da entidade executada. Exclusão dos juros moratórios e compensatórios aplicados de modo continuado em cálculo apresentado pela contadoria judicial. Possibilidade.

1. “Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional” (Súmula n. 311-STJ).

2. O erro de cálculo, caracterizado pela omissão ou equívoco na inclusão de parcelas indevidas ou na exclusão de valores devidos, não faz coisa julgada, podendo ser corrigido até mesmo de ofício, conforme o disposto no art. 463, I, do Código de Processo Civil.

3. Atualmente, o art. 1º-E da Lei n. 9.494/1997, incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, permite ao Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, proceder à revisão das contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor.

4. Entretanto, o erro de cálculo que não faz coisa julgada, corrigível até mesmo de ofício, é tão-somente o erro aritmético, configurado pela omissão ou equívoco na inclusão de parcelas indevidas ou na exclusão de valores devidos.

5. Quando se trata da incidência de juros moratórios e compensatórios em cálculo de execução de sentença proferida em ação de desapropriação, é preciso fazer a distinção entre os juros cuja incidência fora determinada no título executivo judicial — os quais, efetivamente, devem integrar o cálculo inicial

destinado à expedição do primeiro precatório —, daqueles que, por absoluta impropriedade técnica, são incluídos de modo continuado nas contas relativas a precatórios complementares e precatórios submetidos à moratória prevista nos arts. 33 e 78 do ADCT.

6. Na primeira hipótese, a incidência dos juros, tanto os compensatórios como os moratórios, constitui questão jurídica, acobertada, inclusive, pela coisa julgada formada no título judicial exequendo, que não pode ser modificada, senão pela via da ação rescisória.

7. Hipótese em que não se pode falar em alteração de critério jurídico, mas em simples correção de erro existente em cálculo apresentado pela Contadoria do Tribunal de origem que, ao invés de efetuar simples atualização monetária para fins de apuração do valor da próxima parcela a ser paga mediante seqüestro — que já incorpora os juros cuja incidência fora determinada no título exequendo —, fez incidir novo percentual de juros moratórios e compensatórios no período que intermedeia a data do pagamento da última parcela paga e a da confecção dos novos cálculos.

8. Esse erro, que não guarda nenhum vínculo com os critérios jurídicos definidos no título exequendo, é corrigível a qualquer tempo, inclusive por decisão administrativa do Presidente do Tribunal, valendo-se da prerrogativa definida no art. 1º-E da Lei n. 9.494/1997.

9. Com efeito, no regime da moratória constitucional prevista no art. 78 do ADCT, o montante apurado no início da execução — repita-se: devidamente acrescido dos juros moratórios e compensatórios eventualmente fixados no título judicial exequendo —, será decomposto em, no máximo, dez parcelas anuais e, no momento de se efetuar o pagamento de cada uma dessas parcelas, não incide um novo percentual de juros compensatórios ou moratórios, salvo, quanto aos últimos, se não for realizado o pagamento dentro do prazo constitucional estabelecido.

10. Recurso ordinário em mandado de segurança desprovido.

(RMS n. 26.073-SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 02.10.2008, DJe 29.10.2008)

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Valor indenizatório decorrente de desapropriação indireta. Precatório pago segundo critério dos artigos 33 e 78 da ADCT. Descabimento de juros moratórios e compensatórios em continuação. Legalidade de exclusão dos juros. Precedentes do STF. Legitimidade do órgão especial do TJSP para julgamento do feito. Recurso ordinário não-provido.

1. Em exame recurso ordinário interposto por Jean Bittar e outros contra acórdão prolatado em sede de mandado de segurança que confirmou aresto de órgão especial proferido em agravo regimental e manteve decisão de lavra do

Presidente da Corte no concernente ao seqüestro de rendas públicas do quarto-décimo do precatório, sem incidência de juros moratórios e compensatórios no período da moratória. Os recorrentes alegam que: a) a atuação do Presidente do Tribunal, embora possua contornos judiciais, não é propriamente jurisdicional e não se embaralha com as atuações do juízo que prolatou a decisão exequenda; b) a decisão prolatada na ADI n. 1.098-SP fixou a competência do Presidente do Tribunal de Justiça nos processamentos dos precatórios judiciais e estabeleceu os limites de sua atuação nessa seara; c) o despacho emanado da Presidência que determinou a exclusão dos juros moratórios e compensatórios concedidos por sentença judicial transitada em julgado, desbordou dos limites da competência funcional de Presidência do Tribunal; d) não é lícito ao Tribunal deliberar sobre aspectos inerentes ao próprio título exequendo sob pena de ofensa à coisa julgada; e) a alteração do próprio título judicial em prejuízo de uma das partes configura ofensa ao artigo 5º, LIV, da Constituição Federal; f) a EC n. 30/2000, em nenhum momento, afasta a fluência dos juros moratórios e compensatórios a cujo pagamento a recorrida foi condenada por sentença transitada em julgado; g) os juros legais de que trata o artigo 78 do ADCT são os juros moratórios e compensatórios.

2. A irresignação não merece acolhida, porquanto o pagamento de precatórios segundo o critério de parcelamento previsto no art. 78 da ADCT realmente não prevê a incidência de juros compensatórios, mas somente dos juros legais. Esse entendimento foi corretamente aplicado pelo acórdão na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal: AI-AgR n. 545.938-SP, DJ 14.12.2007, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgamento, 23.10.2007 órgão julgador Primeira Turma.

3. Inexiste a apontada incompetência para o feito do órgão especial do TJSP, que se limitou a corrigir equívoco que poderia e deveria ser estancado, sob pena de defeito na prestação jurisdicional. Por outro lado, não se formou coisa julgada no tocante ao valor requisitado à Municipalidade devedora, uma vez que os cálculos impugnados foram realizados pelo Depre, e a homologação teve caráter meramente administrativo e não jurisdicional (Súmula n. 311 do e. Superior Tribunal de Justiça).

4. Recurso ordinário não-provido.

(RMS n. 26.518-SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 27.05.2008, DJe 23.06.2008)

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Valor indenizatório decorrente de desapropriação indireta. Precatório pago segundo critério dos artigos 33 e 78 da ADCT. Descabimento de juros moratórios e compensatórios em continuação. Legalidade de exclusão dos juros compensatórios. Precedentes do STF. Legitimidade do órgão especial do TJSP para julgamento do feito. Necessidade de reparação e equívoco flagrante. Recurso ordinário não-provido.

1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança ajuizado por IRG S/C Ltda. em impugnação a acórdão que, em sede de ação de desapropriação indireta, retirou a aplicação de juros compensatórios sobre as três primeiras parcelas de montante indenizatório, sob o argumento principal de vedação imposta pelo artigo 78 da ADCT e com amparo em jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal.

2. A irrisignação, todavia, não merece acolhida, porquanto o pagamento de precatórios segundo o critério de parcelamento previsto no art. 78 da ADCT realmente não prevê a incidência de juros compensatórios, mas somente dos juros legais. Esse entendimento, então, foi corretamente aplicado pelo acórdão, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal, que afirma (AI-AgR n. 545.938-SP, DJ 14.12.2007, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento: 23.10.2007 Órgão Julgador: Primeira Turma):

Agravo regimental no agravo de instrumento. Precatório. Art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não incidem juros de mora e compensatórios no período compreendido pelo art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No caso do pagamento em atraso, são cabíveis os juros moratórios. Precedentes. 2. A alegada falta de pagamento não foi examinada no acórdão recorrido nem foi objeto de embargos de declaração. Incidem, no caso, as Súmulas n. 282 e 356 deste Supremo Tribunal Federal.

3. Não se vislumbra, também, a apontada incompetência para o feito do Órgão Especial do TJSP, pois se limitou a corrigir equívoco flagrante, que poderia e deveria ser estancado, sob pena de defeito na prestação jurisdicional. Aliás, em sentido diverso do adotado, há previsão específica no Regimento Interno daquela Corte que defere ao referido órgão especial a legitimidade para julgar litígios tais quais o sob exame.

4. Note-se, a propósito, que o valor atribuído aos juros compensatórios em continuação (R\$ 2.350.427,35) configurou-se superior ao valor aplicado ao débito principal (1.528.898,97), evidência que, tal como inscrito no aresto atacado, retirou a liquidez do título instrumentalizador do crédito e caracterizou irregularidade a exigir pronta reparação, não se tratando, de nenhum modo, de eventual ofensa à coisa julgada.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança não-provido.

(RMS n. 25.378-SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 08.04.2008, DJe 24.04.2008)

Sendo assim, não há que se falar em violação ao princípio da coisa julgada ou extrapolação da competência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Por todo o exposto, *nego provimento* ao presente Recurso Ordinário em Mandado de Segurança.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 29.493-MS
(2009/0089419-1)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Erothildes Silva Queiroz

Advogado: Ivan Gordin Freire e outro(s)

Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul

Procurador: José Aparecido Barcello de Lima e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Cartório extrajudicial. Serviço notarial e de registro. Perda superveniente de objeto do *mandamus*. Inexistência. Imperativos de boa-fé objetiva. Aplicabilidade à Administração Pública. Teoria da encampação. Inaplicabilidade ao caso. Proposição de lei que trata de extinção de delegação. Competente o Poder Legislativo. Teoria da causa madura. Possibilidade de julgamento. Finalidade pública da delegação. Aposentadoria voluntária enseja a extinção da delegação.

1. Não há perda de objeto em mandado de segurança quando a Administração Pública, por meio de autoridade incompetente, edita ato administrativo e, depois, a autoridade competente o ratifica. A alegação de perda de objeto, neste caso, é *venire contra factum proprium*, conduta vedada ao agente público em face do princípio da boa-fé objetiva na seara pública, na forma do inciso IV do parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 9.784/1999.

2. Não é pertinente também ao caso a “teoria da encampação”, pois esta é aplicada quando: (1) existe vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (2) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e, (3) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas, requisitos inexistentes no presente *mandamus*.

3. É competente o Poder Legislativo para iniciar projeto de lei que trata da extinção de delegação. Não há confundir extinção de delegação com extinção de cargo ou ofício do Poder Judiciário. Não se trata aqui de extinção de cargo ou ofício, tanto que o Presidente do Tribunal de Justiça declarou sua vacância. (Existe, mas não está ocupado).

4. Esta Corte Superior, como instância de superposição, detém jurisdição nacional sobre a Justiça Estadual e Federal e, ainda, considerando estar a causa pronta para ser julgada, por prescindir de dilação probatória, cabível, *in casu*, o disposto no artigo 515, § 3º, do CPC (Teoria da causa madura). Precedentes.

5. Delegação não é título de nobreza nem título acadêmico, existindo não em função da pessoa que a exerce mas em função do interesse público primário, devendo, portanto, haver previsões legais de perda e extinção (Lei n. 8.935/1994). A aposentação voluntária enseja, na forma do inciso II do artigo 39 da Lei n. 8.935/1994, a extinção da delegação.

Recurso ordinário em mandado de segurança improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 1º.07.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Erothildes Silva Queiroz*, com base na alínea **b** do inciso II do artigo 105 da Constituição Federal/1988, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, assim ementado:

Ementa. Mandado de segurança. Conselho Superior da Magistratura. Órgão competente para julgamento da matéria relativa à estatização de serventia e vacância da titularidade da delegação. Ilegalidade do ato fundada em ato praticado por órgão incompetente. Manifestação do Conselho Superior da Magistratura no curso da ação. Perda do objeto. Segurança prejudicada.

Se, no curso da segurança, o Conselho Superior da Magistratura, tido como órgão competente para apreciação e julgamento da matéria trazida em juízo, declara a estatização da serventia e a vacância da titularidade do Cartório Distribuidor, evidente a perda do objeto do presente *mandamus*, em que a principal tese reside na ilegalidade do ato em razão da incompetência das autoridades coatoras. (fl. 215)

A recorrente alega, em suma, que:

a) não houve perda do objeto, pois existem outros pedidos; o Conselho Superior da Magistratura apenas ratificou a decisão do Presidente do Tribunal, restando, assim, configurada a “teoria da encampação”, o *mandamus* ataca ato lesivo a direito líquido e certo, e não agente público;

b) é inaplicável a sua relação jurídica a Lei n. 8.935/1994, pois é vitalícia, com base no artigo 117 da Constituição Federal/1967;

c) a Lei n. 8.935/1995 é inconstitucional, pois é da competência exclusiva do Poder Judiciário organizar suas secretarias e serviços auxiliares.

O recorrido apresentou contrarrazões alegando, em suma, que:

a) houve perda do objeto, pois a autoridade competente ratificou o ato impugnado;

b) esta Corte não pode, com base parágrafo 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, aplicar a “teoria da causa madura” para julgar o mérito da causa;

c) a Lei n. 8.935/1995 aplica-se integralmente à relação jurídica travada entre a recorrente e o estado, portanto a aposentadoria facultativa, na forma do inciso II do seu artigo 39, extinguiu a sua delegação; e que,

d) a citada lei é constitucional.

O presente recurso pelo Tribunal de origem. (fl. 505v)

O Ministério Público Federal opinou pelo não-provimento do presente recurso ordinário. (fls. 508-511)

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator):

Da suposta perda de objeto

O Tribunal de origem extinguiu o mandado de segurança, sem o julgamento do mérito, sob a alegação de que a autoridade eleita para figurar no pólo passivo era incompetente, e que a autoridade competente havia ratificado o ato.

O mandado de segurança é manejado contra ato da autoridade coatora que tenha eficácia jurídica, social e técnica para violar direito líquido e certo do cidadão, eis o teor do inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal/1988:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Apesar da manifesta incompetência, foi ato do Presidente do Tribunal que violou suposto direito líquido e certo da impetrante. O erro quanto à legitimidade do prolator do ato não pode ser imputado à impetrante, e sim aos agentes públicos envolvidos.

A Administração Pública tem evoluído desde formação de entidades estatais nos primórdios das aglomerações humanas até os dias atuais, para conferir maiores prerrogativas aos administrados em virtude hipossuficiência individual.

Não há dúvida de que o cidadão, nas suas relações com o estado, é a parte mais fraca, pois, em regra, não há pessoa física ou jurídica de natureza privada

que tenha mais recursos, observadas as delimitações territoriais do negócio, do que a Administração Pública.

O Estado é hipersuficiente, e o administrado é hipossuficiente.

Sob esse prisma, as liberdades públicas, direitos humanos de primeira geração, têm evoluído para introduzir conceitos do direito privado para a proteção dos menos favorecidos nas relações jurídicas.

Explica-se, o Direito Administrativo moderno tem utilizado o instituto da boa-fé objetiva para resolver conflitos exógenos, ou seja, entre a Administração Pública e o administrado.

Eis o inciso IV do parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 9.784/1999:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, no livro *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006, esclarecem que:

Esse dado distintivo é crucial: a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer, a aferição dirige-se à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. Não devemos observar se a pessoa agiu de boa-fé, porém de acordo com a boa-fé. Ou seja: há de avaliar-se qualquer comportamento em conformidade com padrões sociais vigentes, pouco importando o sentimento que animou o agente. O contrário da boa-fé objetiva não é a má-fé, mas ausência da boa-fé. De fato, o princípio da boa-fé encontra sua justificativa no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio dos parâmetros de honestidade e retidão.

À Administração Pública é vedado o *venire contra factum proprium*, ato lesivo em que o agente público adota uma posição jurídica em contradição com a posição anterior assumida pela própria máquina administrativa. Resta violada a confiança depositada pela outra parte quando da prática do primeiro ato.

Esta Corte já decidiu da seguinte maneira:

Administrativo e Processual Civil. Título de propriedade outorgado pelo Poder Público, através de funcionário de alto escalão. Alegação de nulidade pela própria Administração, objetivando prejudicar o adquirente: inadmissibilidade. Alteração no pólo ativo da relação processual na fase recursal: impossibilidade, tendo em vista o princípio da estabilização subjetiva do processo. Ação de indenização por desapropriação indireta. Instituição de parque estadual. Preservação da mata inserta em lote de particular. Direito a indenização pela indisponibilidade do imóvel, e não só da mata. Precedentes do STF e do STJ. Recursos parcialmente providos.

I - Se o suposto equívoco no título de propriedade foi causado pela própria administração, através de funcionário de alto escalão, não há que se alegar o vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição. Aplicação dos princípios de que *memo potest venire contra factum proprium* e de que *memo creditur turpitudinem suam allegans*.

II - Feita a citação validamente, não é mais possível alterar a composição dos pólos da relação processual, salvo as substituições permitidas por lei (v.g., arts. 41 a 43, e arts. 1.055 a 1.062, todos do CPC). Aplicação do princípio da estabilização subjetiva do processo. Inteligência dos arts. 41 e 264 do CPC. Precedente do STF: RE n. 83.983-RJ.

III- O proprietário que teve o seu imóvel abrangido por parque criado pela administração faz jus a integral indenização da área atingida, e não apenas em relação a mata a ser preservada.

Precedente do STJ: REsp n. 39.842-SP.

IV - Recursos especiais conhecidos e parcialmente providos.

(REsp n. 47.015-SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, Segunda Turma, Julgado em 16.10.997, DJ 09.12.1997, p. 64.655.)

No caso concreto, a Administração Pública praticou um ato que atingiu a esfera jurídica da impetrante; foi ajuizado mandado de segurança contra o ato supostamente lesivo, inclusive, com a alegação de incompetência da autoridade além de outros pedidos; a autoridade competente, depois, ratifica o ato e alega a perda do objeto do mandado de segurança, uma vez que a autoridade apontada não era a correta.

Assim, a Administração termina por criar uma potestade para si: lesiona direito do administrado por ato de autoridade incompetente; aguarda a impetração de *writ*; e, depois, pratica, para alegar a perda do objeto, o ato por meio de agente competente.

Ora, é ausência clara de boa-fé objetiva que dever ser expressamente condenada nesta Corte.

Não há falar em perda do objeto do mandamus. Ainda que tivesse ocorrido, seria em relação apenas a um dos vários pedidos versados na inicial.

Não é pertinente, também, ao caso, a “teoria da encampação”, pois tal teoria é aplicada quando: (1) existe vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (2) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e, (3) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas.

Não há vínculo hierárquico entre o Presidente do Tribunal de Justiça e o Conselho Superior da Magistratura, mas apenas há diferentes atribuições para cada órgão.

Não houve modificação de competência constitucional.

E, apesar de ter havido manifestação a respeito do mérito das informações prestadas, o ato foi praticado sem legitimidade pelo próprio informante. A propósito:

Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Contribuição previdenciária. “Custas” percebidas por Oficiais de Justiça e Avaliadores do Estado do Rio de Janeiro. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Extinção do processo sem julgamento de mérito.

1. A teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão-somente quando preenchidos os seguintes requisitos: (1) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (2) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e (3) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas.

2. *In casu*, conforme restou consignado pelo juízo de primeira instância, a autoridade legítima para figurar no pólo passivo do *writ* é o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que determinou ao Departamento de Pagamento de Servidores do Tribunal a inclusão das denominadas “custas” (gratificação de locomoção) na base de cálculo dos descontos previdenciários sobre a verba recebida pelos oficiais de justiça (parecer e determinação de fls. 51-52), estando seus atos sujeitos, na via do mandado de segurança, à competência originária daquela Corte, à luz das Súmulas n. 41-STJ e 624-STF.

3. O recorrido impetrou o *mandamus* no juízo de primeira instância, apontando como autoridade coatora o Diretor do Departamento de Pagamento de Servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

4. Destarte, ressoa incabível a adoção da ‘teoria da encampação’ ao caso *sub judice*, porquanto implicaria indevida modificação ampliativa de competência absoluta fixada na Constituição, conforme orientação firmada na jurisprudência

desta e. Corte. Precedentes: Precedentes da Primeira Seção: MS n. 12.779-DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 03.03.2008; MS n. 10.484-DF, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.09.2005.

5. Recurso especial provido, determinando-se a extinção do Mandado de Segurança sem resolução do mérito.

(REsp n. 967.984-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 14.04.2009, DJe 06.05.2009.)

Logo, o presente *mandamus* não perdeu o seu objeto.

Da teoria da causa madura

Alega o recorrido que esta Corte não pode, com base parágrafo 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, aplicar a “teoria da causa madura” para julgar o mérito da causa.

A questão não enseja maiores debates, uma vez que o recorrido apresentou precedente antigo - deste Tribunal -, para justificar seu posicionamento; esquecendo-se, portanto, de juntar jurisprudência nova sobre o tema, no seguinte sentido:

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Militares estaduais. Indenização de estímulo operacional. Forma de cálculo. Dilação probatória. Desnecessidade. Art. 515, § 3º, do CPC. Aplicação. Decreto. Disposição contrária a lei. Vencimentos. Redução. Princípios da legalidade e da irredutibilidade vencimental. Ofensa configurada. Efeitos patrimoniais pretéritos. Impossibilidade. Súmulas n. 269 e 271 do Excelso Pretório. Incidência. Precedentes.

1. É pacífico na doutrina e na jurisprudência que o recurso ordinário em mandado de segurança tem natureza similar ao recurso de apelação. Assim, a despeito da extinção do processo sem julgamento do mérito pelo Tribunal de origem, a esta Corte é permitido julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento, por força do art. 515, § 3º, do CPC, como ocorre *in casu*.

2. O Decreto regulamentador não pode inovar na ordem jurídica, dispondo de modo contrário ao que determina a norma que lhe é hierarquicamente superior, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

3. É o que ocorre, *in casu*, em que as condições definidas na Lei Complementar n. 137/1995 para a percepção da Indenização de Estímulo Operacional foram alteradas por atos normativos infralegais, quais sejam, os Decretos Estaduais n. 2.697/2004 e 2.815/2004.

4. Em decorrência dessa ilegalidade, os Recorrentes experimentaram inegável redução nos seus vencimentos com o bloqueio de parte de valores a ele devidos,

mesmo tendo efetivamente prestado o serviço extraordinário, o que implica em ofensa ao postulado da irredutibilidade de vencimentos, com evidente configuração de enriquecimento sem causa do Estado. Precedentes desta 5ª Turma.

5. A teor das Súmulas n. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, o mandado de segurança é distinto da ação de cobrança, não se prestando, portanto, para vindicar a concessão de efeitos patrimoniais pretéritos.

6. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido.

(RMS n. 24.800-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 11.12.2008, DJe 09.02.2009.)

Recurso em mandado de segurança. Acórdão recorrido. Razões dissociadas. Sentença originária. Afronta à coisa julgada. Ausência de dilação probatória. Causa madura. Art. 515, § 3º, CPC. Efetividade. Princípio da celeridade processual. Recurso ordinário provido. Segurança concedida.

1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança impetrado pela ora recorrente contra decisão de Juiz estadual que, em ação de indenização proposta pela ora interessada contra o seu ex-conjuge, determinou à CEF a exclusão do nome de Lélia Maria de Souza do cadastro de inadimplentes.

2. No entanto, verifica-se dos elementos constantes dos autos que Lélia Maria de Souza intentou, anteriormente, ação contra a Caixa Econômica Federal buscando provimento judicial para exclusão de seu nome do cadastro de inadimplentes, tendo sido proferida, pela 2ª Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal de Juiz de Fora, sentença denegatória no referido feito, ocorrendo o trânsito em julgado da decisão.

3. Posteriormente, Lélia Maria de Souza ajuizou, então na justiça estadual, ação de indenização por danos morais contra o ex-cônjuge, nela inserindo o pedido de liminar para que fosse determinado à Caixa Econômica Federal, pelo Juiz de Direito, a retirada do nome da autora do cadastro de devedores, o que foi deferido.

4. Contra essa decisão, do juízo estadual, a ora recorrente manejou *writ* que foi denegado, sendo agora objeto do presente recurso.

5. Observa-se, portanto, que Lélia Maria de Souza, buscou, por via transversa, provimento judicial igual àquele objeto de sentença já transitada em julgado na Justiça Federal, qual seja, retirar seu nome do cadastro de inadimplentes.

6. Assim, verificando-se que o *decisum* objeto do presente *mandamus* afrontou sentença anterior já com trânsito em julgado e, por conseguinte, o art. 468 do CPC: 'A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.'

7. Muito embora a decisão objeto do mandado de segurança tenha natureza jurisdicional e ainda que assente na jurisprudência o entendimento de que não

se presta, a ação mandamental, a ser sucedâneo de recurso próprio, segundo inteligência do art. 5º, *caput* e inciso II, da Lei n. 1.533/1951 e da Súmula n. 267-STF, *in casu*, o *decisum* combatido ostenta evidente ilegalidade e manifesta teratologia, inserindo-se, portanto, na excepcionalidade permissora da utilização do *writ*.

8. Tendo o Tribunal *a quo* proferido acórdão cujas razões estão dissociadas do objeto da impetração e atendo-se ao fato de que esta Corte Superior, como instância de superposição, detém jurisdição nacional sobre a Justiça Estadual e Federal e, ainda, considerando estar a causa madura, por prescindir de dilação probatória, cabível, *in casu*, o disposto no artigo 515, § 3º, do CPC.

9. A possibilidade de ser o julgamento do presente feito realizado diretamente por este Tribunal Superior encontra supedâneo na necessidade de dar-se efetividade ao princípio da celeridade processual, garantia fundamental inserida no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição, via Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

10. Recurso ordinário provido. Segurança concedida para revogar a decisão do Juízo Estadual, que determinou a exclusão do nome de Lélia Maria de Souza do cadastro de inadimplência em franca violação ao instituto da coisa julgada.

(RMS n. 25.018-MG, Rel. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 28.10.2008.)

Assim, pode esta Corte julgar a questão de fundo.

Da Questão de Fundo

O julgador deve pautar-se pela objetividade, delimitando sempre a questão controvertida que lhe foi apresentada.

Aqui, a celeuma toca a constitucionalidade da Lei n. 8.935/1994, a sua aplicabilidade à impetrante e as hipóteses de extinção da delegação, buscando saber se a aposentação voluntária extingue ou não a delegação.

Norberto Bobbio, no seu livro *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, afirma que as leis têm a presunção de constitucionalidade, ou seja, devem ser observadas e cumpridas até uma superveniente declaração pelos órgãos competentes de inconstitucionalidade.

Alega a recorrente que existe “inconstitucionalidade de forma porque ao trazer casos de extinção de cargo do judiciário (aposentadoria voluntária) extrapolou matéria que somente pode ser legisferada pelo próprio Judiciário por força da alínea **b** do inciso I do artigo 96 da Constituição brasileira”.

Confunde a recorrente, de maneira até lúdica, extinção de delegação com extinção de cargo ou ofício do Poder Judiciário. Não se trata aqui de extinção de

cargo ou ofício, tanto que o Presidente do Tribunal de Justiça (fl. 159) declarou sua vacância. Afastada, portanto, a alegação de inconstitucionalidade formal.

A deficiência de fundamentação da inconstitucionalidade material é tão grande que impede a exata compreensão da controvérsia apontada, portanto, não conheço da alegação.

Alega a recorrente que adquiriu vitaliciedade com base no artigo 117 da Constituição Federal/1967, e que a Lei n. 8.935/1994 não é aplicável à sua relação com o Estado.

Algumas considerações sobre a doutrina constitucional devem ser feitas.

O Poder Constituinte Originário caracteriza-se por ser *inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado*. É *inicial*, visto que a sua obra - a Constituição - é a base da ordem jurídica. É *ilimitado e autônomo*, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor. O Poder Constituinte também é *incondicionado*, pois não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ele que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.

O novo ordenamento jurídico implantado pela Constituição Federal/1988 prevê a responsabilização dos delegatários pelos atos praticados, pois não há, no regime republicano, títulos, qualidades ou cargos públicos isentos de responsabilidade administrativa, civil e penal. Além disso, a delegação foi extinta em face de ato voluntário da própria titular, qual seja, a aposentadoria voluntária.

Assim, tanto a perda quanto a extinção da delegação serão sempre possíveis.

Ora, se a Lei n. 8.935/1994 não se aplica à impetrante, qual seria aplicável?

Ainda que não existisse antes da promulgação da Constituição Federal/1988 ou da vigência da lei em questão qualquer dispositivo relativo à extinção de delegação, a impetrante não tem direito adquirido perante estatuto, na forma dos seguintes precedentes:

Recurso. Extraordinário. Provimento. Servidor público. Militar. Vencimentos. Adicional de inatividade. Supressão. Possibilidade. Não há direito adquirido do servidor público estatutário à inalterabilidade do regime jurídico pertinente à composição dos vencimentos, desde que a eventual modificação introduzida por ato legislativo superveniente preserve o montante global da remuneração e, em consequência, não provoque decesso de caráter pecuniário.

(AI n. 609.997 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 10.02.2009, DJe-048 divulg 12.03.2009 public 13.03.2009 Ement vol.02.352-12 p. 02.320.)

Servidores do CNPq: Gratificação Especial: inexistência de direito adquirido. Ao julgar o MS n. 22.094, Pleno, 02.02.2005, Ellen Gracie, DJ 25.02.2005, o Supremo Tribunal decidiu que os servidores do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, quando convertidos de celetistas em estatutários, não fazem jus à incorporação da Gratificação Especial, dada a inexistência de direito adquirido a regime jurídico.

(RE n. 425.579 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 15.05.2007, DJe-032 divulg 06.06.2007 public 08.06.2007 DJ 08.06.2007 p. 00035 Ement vol. 02279-05 p. 00865.)

O capítulo VIII da Lei n. 8.935/1994 trata da extinção da delegação, veiculando um conjunto de normas aplicável à recorrente, eis o texto:

Art. 39. Extinguir-se-á a delegação a notário ou a oficial de registro por:

I - morte;

II - aposentadoria facultativa;

III - invalidez;

IV - renúncia;

V - perda, nos termos do art. 35.

VI - descumprimento, comprovado, da gratuidade estabelecida na Lei n. 9.534, de 10 de dezembro de 1997. (Inciso incluído pela Lei n. 9.812, de 10.08.1999)

§ 1º Dar-se-á aposentadoria facultativa ou por invalidez nos termos da legislação previdenciária federal.

§ 2º Extinta a delegação a notário ou a oficial de registro, a autoridade competente declarará vago o respectivo serviço, designará o substituto mais antigo para responder pelo expediente e abrirá concurso.

A recorrente alega que é vitalícia, e que tal norma revoga a sua qualidade.

Ora, ainda que a sua vitaliciedade tivesse sido expressamente preservada pela Constituição Federal/1988, a lei pode tratar de condutas que ensejam a perda de função vitalícia, a exemplo do que ocorre com as Lei Orgânicas do Ministério Público e da Magistratura.

Delegação não é título de nobreza nem título acadêmico, devendo existir não em função da pessoa que a exerce mas em função do interesse público primário.

Logo, o capítulo acima se aplica à delegação da impetrante, bem como todos os outros artigos da lei em tela.

Não há controvérsia sobre o fato da impetrante ter se aposentado voluntariamente perante o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, aos 05.10.2000; portanto, não há também controvérsia acerca da configuração da hipótese descrita no inciso II do artigo 39 da Lei n. 8.935/1994.

A recorrente aposentou-se voluntariamente, fato que extinguiu a sua delegação.

A incidência da norma ao presente caso concreto é clara e dispensa mais indagações e argumentações, bastando a transparência da interpretação literal.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso ordinário em mandado de segurança.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 811.712-SP (2006/0013243-8)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Município de Ubarana

Advogado: Fátima Fernandes Rodrigues de Souza e outro(s)

Recorrido: Município de Promissão e outro

Advogado: Dario Simões Lázaro e outro

EMENTA

Tributário. ICMS. Repartição de receitas aos municípios. Valor Adicionado Fiscal. Fato gerador da exação. Critério da territorialidade. Local da saída da mercadoria. Fonte produtora de energia elétrica. Usina.

1. O Município de Ubarana propôs ação ordinária contra o Estado de São Paulo com o objetivo de obter participação na receita do ICMS decorrente da geração de energia produzida pela Usina de

Promissão, proporcionalmente ao valor adicionado em seu território e o total arrecadado. Todavia, o pedido foi julgado improcedente nas instâncias, assim decidindo o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Se a energia elétrica, embora produzida em um município, tem a sua venda e saída realizada em outro, onde está a administração da usina hidrelétrica, somente este último tem direito ao ICMS, em razão do ato de mercancia constituir-se no fato gerador do imposto”

2. A análise de ofensa ao disposto no artigo 334, do Código de Processo Civil, esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ. Com efeito, a análise da pretensão da Municipalidade esbarra no impedimento da Súmula n. 7-STJ, pois não há como infirmar, sem revolver o conjunto probatório dos autos, a premissa consignada pelo Tribunal Paulista no sentido de ser incontroverso o fato de que a venda da energia gerada pelo recorrente ocorreria no Município de Promissão.

3. A ausência de prequestionamento do disposto no artigo 23, do Convênio n. 66/1988, impede o exame do apelo no ponto. Incidência da Súmula n. 211-STJ.

4. Em face do prequestionamento, ainda que implícito, dos demais dispositivos apontados por ofendidos – artigos 3º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n. 63/1990; artigos 2º, inciso VI e 27, inciso I, alínea **b**, § 3º, ambos do Convênio n. 66/1988 –, bem como da comprovação da divergência, o recurso deve ser conhecido.

5. Discute-se, na hipótese, o direito do Município de Ubarana-SP receber percentual de ICMS, calculado com base no valor adicionado fiscal, em decorrência da energia elétrica gerada pela Usina Hidrelétrica de Promissão – localizada no território do município recorrente, não obstante sua denominação. Isto porque o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que o fato gerador da exação se dá com a venda da energia, que, no caso, ocorre na sede administrativa da usina hidrelétrica, localizada no Município de Promissão (fl. 300).

6. A Constituição da República assegura aos Municípios 25% do ICMS arrecadado pelo Estado, consoante o disposto em seu artigo 158, inciso IV: “Pertencem aos Municípios: (...) IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”.

7. Do percentual de ICMS reservado aos Municípios, três quartos (3/4), no mínimo, devem ser creditados “na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios” e até um quarto (1/4) “de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal”, respectivamente, nos termos dos incisos I e II do parágrafo único do art. 158 da CRFB/1988.

8. Conforme dicção do art. 161, inciso I, da CF, cabe à Lei Complementar Federal, no caso a de n. 63/1990, definir o valor adicionado fiscal – VAF – para os fins previstos no art. 158, parágrafo único, inciso I, da CRFB/1988.

9. O artigo 3º, § 1º, inciso I, da LC n. 63/1990 estabelece que o VAF corresponde à diferença entre o valor das saídas de mercadorias e dos serviços de transporte e de comunicação e o valor das entradas de mercadorias, em cada ano civil, prestados no território de cada município dos estados da Federação.

10. Já nas hipóteses de tributação simplificada – microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do artigo 146, parágrafo único, da CRFB –, bem assim nas situações em que se dispensem os controles de entrada, considera-se, para cálculo do VAF, o valor de 32 % da receita bruta desses estabelecimentos, segundo a dicção do inciso II do art. 3º da LC n. 63/1990, conferida pela LC n. 123/2006.

11. O § 2º do art. 3º da LC n. 63/1990 estipula que, para efeito de cálculo do VAF, serão levadas em consideração todas as operações que, em tese, constituiriam fato gerador do ICMS, ainda que não tributadas por força de imunidade ou isenção, apurando-se a riqueza em cada uma delas (art. 3º, § 2º, inciso I e II, da LC n. 63/1990).

12. Consoante os critérios legais, para fins de cálculo do VAF, em se tratando de energia elétrica, torna-se imprescindível saber em que local ocorre a “saída” da mercadoria – critério da territorialidade, que nada mais é do que o elemento espacial da obrigação tributária.

13. *In casu*, torna-se imperioso saber onde ocorre a saída da mercadoria: se na usina geradora da energia, onde é produzida, consoante alega o recorrente, ou na sede administrativa da Usina que a comercializa, conforme consignado no aresto impugnado.

14. A orientação do Tribunal Paulista vai de encontro ao que prevê o inciso VI do art. 2º do Convênio n. 66/1988, o qual estabelece que a materialização da hipótese de incidência do ICMS se dá na saída da mercadoria do estabelecimento gerador “para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas”. No ponto, cabe ressaltar que o Convênio n. 66/1988 foi firmado como sucedâneo da lei complementar anunciada no § 8º do art. 34 do ADCT, e assim vigeu até a edição da LC n. 87/1996, a denominada “Lei Kandir”.

15. Corrobora o raciocínio o disposto no inciso I alínea **b** do artigo 27 do Convênio n. 66/1988, que considera o local da operação, com relação à mercadoria, “o do estabelecimento em que se realize cada atividade de produção, extração, industrialização ou comercialização, na hipótese de atividades integradas”.

16. O fato gerador do ICMS se aperfeiçoa somente com a circulação econômica da mercadoria – energia elétrica – após sua geração e saída no lugar onde se situa o equipamento utilizado para produzi-la – gerador. Neste local é que se promove a adição de valor que servirá de referência para apuração da parcela conferida aos municípios. No caso dos autos, esse equipamento, segundo aferido pelo acórdão recorrido, encontra-se no Município ora recorrente (Usina Hidrelétrica de Promissão, localizada no Município de Ubarana – fl. 300).

17. Recurso especial conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 12.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: O Município de Ubarana propôs ação ordinária contra o Estado de São Paulo com o objetivo de obter participação na receita do ICMS decorrente da geração de energia produzida pela Usina de Promissão proporcionalmente ao valor adicionado em seu território e o total arrecadado. O pedido na exordial foi realizado nos termos a seguir:

Em face do exposto, requer o autor seja decretada a procedência da ação para declarar a existência de relação jurídica que obriga a Fazenda do Estado a levar em conta a receita do ICMS proveniente da geração de energia produzida pela Usina de Promissão nos últimos dois anos, para a fixação do índice de participação do Município autor, com a consequente condenação da ré a retificar o índice publicado em 30 de junho de 1994, de forma a possibilitar o autor, a partir de janeiro/1995 a percepção de sua participação em consonância com os dispositivos constitucionais e legais acima referidos. (fl. 10).

A contestação foi declarada intempestiva, determinando-se a citação do Município de Promissão como litisconsorte passivo necessário (fl. 51).

A sentença julgou o pedido improcedente ao entendimento de que a venda de energia elétrica é fator mais relevante do que a localização das instalações produtoras para a atribuição do valor adicionado (fls. 118-122).

Apelou o Município de Ubarana, tendo o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negado provimento ao recurso, resumindo os seus fundamentos no acórdão assim ementado:

ICMS. Energia elétrica. *Município que mantém em seu território a geração da energia elétrica*. Pretensão a participação na partilha do ICMS. Inadmissibilidade. *Administração, saída e venda da energia elétrica em outro Município*. Fato gerador configurado em território deste último. Sentença de improcedência mantida. Reexame e recurso desprovidos. Se a energia elétrica, embora produzida em um município, tem a sua venda e saída realizada em outro, onde está a administração da usina hidrelétrica, somente este último tem direito ao ICMS, em razão do *ato de mercancia constituir-se no fato gerador do imposto* (fl. 158 – sem destaques no original).

Os embargos de declaração opostos na sequência foram rejeitados.

O recurso extraordinário e o especial interpostos pelo ora recorrente não foram admitidos na origem, o que deu ensejo ao Agravo de Instrumento aviado nesta Corte (AG n. 365.016-SP). Nesses autos, ao julgar agravo regimental interposto pelo Município de Ubarana, em acórdão por mim relatado, a Turma deu provimento ao recurso especial, acolhendo a alegação de nulidade do aresto recorrido.

Remetidos os autos à origem, o eg. Tribunal Paulista rejeitou os aclaratórios em aresto que foi sintetizado nos seguintes termos:

Embargos de declaração. Alegação de omissão e contradição Inadmissibilidade. Na realidade busca o Município-autor que se proceda, no presente recurso, uma reinterpretação da lei e uma reaplicação desta a uma situação concreta, o que é inadmissível em se tratando de embargos de declaração, de estreitíssimos limites. Embargos rejeitados (fl. 293).

Contra este julgado, o Município de Ubarana interpõe novo recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105, III, da Constituição da República.

No apelo, o Município de Ubarana aduz, como prejudicial, violação ao artigo 334, inciso III, do Código de Processo Civil. Alega que não houve o reconhecimento de fato incontroverso alegado pelas partes.

Afirma, ainda, não ter havido “[e]m momento algum, o reconhecimento pelas partes litigantes, de que a *venda de energia gerada no Município Embargante* ocorreria no Município de Promissão. Da mesma forma, *não há, nos autos qualquer prova que autorize a conclusão de que é no Município de Promissão, – onde se localizam, apenas, a administração da Usina e o setor de piscicultura –*, que ocorre a venda de energia elétrica” (fl. 326 – sem destaques no original).

No mérito, o recorrente aponta contrariedade aos artigos 3º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n. 63/1990; artigos 2º, 23 e 27, inciso I, alínea **b**, § 3º, do Convênio n. 66/1988.

Sustenta ter direito “a que seja considerado, pelo Estado de São Paulo, na *fixação do índice de participação de seu Município na partilha de receitas tributárias* prevista na Constituição Federal, *os valores de ICMS provenientes da geração e distribuição de energia elétrica produzida na Usina de Promissão*” (fl. 325).

Assevera que os valores arrecadados a título de ICMS sobre energia devem ser repassados ao Município de Ubarana *“onde a energia elétrica é efetivamente gerada e distribuída”* (fl. 325 – destaques originais).

Salienta que na Usina de Promissão há apenas a administração e a piscicultura, atividades que *“não agregam valor à operação de circulação de mercadorias”* (fl. 329 – destaques originais). E continua:

No caso em tela, a *geração* da energia elétrica ocorre no Município de Ubarana – conforme reconhecido no acórdão de fls. - *onde se localizam as unidades geradoras, o canal da eclusa e o sistema vertedouro da Usina de Promissão*. Por outro lado, no município recorrente ocorre, ainda, a prestação do serviço, ou seja, a *distribuição de energia elétrica*, através de fios condutores que partem da fonte geradora até os consumidores.

Disso decorre que é o Município de Ubarana que adiciona valor às operações com energia elétrica que são fatos geradores do ICMS, uma vez que é responsável pela geração da energia e distribuição aos consumidores finais.

Diversamente, as atividades realizadas no Município de Promissão, quais sejam, a administração e a piscicultura da Usina de Promissão, não agregam valor à operação de circulação de mercadorias e, portanto, não justificam o direito à parcela da arrecadação tributária, nos termos do art. 3, § 1º, da LC n. 63/1990. (fl. 329).

Suscita, por fim, divergência jurisprudencial com julgados desta Corte e do Pretório Excelso, defendendo o seguinte:

Assim como o fato gerador do ICMS não ocorre nos Municípios que tiveram suas terras alagadas para formação da represa, também não há a ocorrência do fato gerador no Município em que situado o escritório administrativo da Usina, mas sim, no Município em que situada a própria Usina (fl. 338 – sem destaques no original).

Simultaneamente foi interposto recurso extraordinário (fls. 307-322).

O Município de Promissão apresentou contra-razões, afirmando que “a questão da localização dos reservatórios de água, das barragens e suas comportas, da subestação elevatória, dos condutos forçados e demais instalações destinadas a gerar energia elétrica, nenhuma importância jurídica tem em relação ao ICMS” (fl. 485). Por fim, aduz que a venda de energia elétrica no seu território (sede administrativa) é suficiente para a configuração do fato gerador.

A Fazenda do Estado de São Paulo respondeu ao apelo, alegando, os seguintes aspectos:

a) que o Município de Ubarana tenta “modificar a natureza e os limites do pedido e da causa de pedir e, pior, dedica-se a distorcer o sentido e alcance do Acórdão recorrido” (fl. 512). Para tanto, afirma o seguinte: “Ora, o pleito exordial tencionou elevar a geração de energia elétrica à condição de fato gerador, como tal apto a influir na apuração do valor adicionado da Municipalidade onde verificada tal geração. É absurdo, portanto, que, agora a Autora queira alterar seu pedido, tecendo argumentação *como se* tivesse alegado que a saída se dá em seu território e *como se* a saída ali se verificasse, manobra para a qual concorre a dúbia utilização do impreciso termo ‘distribuição’ ao longo do arrazoado recursal” (fl. 514);

b) a assertiva de contrariedade ao artigo 334, inciso III, do Código de Processo Civil enseja o ‘reexame do conjunto fático-probatório’ (fl. 515);

c) ausência de prequestionamento das teses levantadas pelo recorrente, principalmente em relação ao artigo 334, inciso III, do CPC (fls. 516-517);

d) ser no Município de Promissão “onde se aperfeiçoa a comercialização da mercadoria, aspecto relevante para a apuração do valor adicionado” (fl. 518), ou seja, o “critério relevante é o local do estabelecimento, não o lugar físico onde supostamente se dariam as atividades” (fl. 520).

O recurso especial não foi admitido, consoante decisão às fls. 528-529. Na oportunidade, o Exmo. Senhor Desembargador 4º Vice Presidente em exercício do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo consignou: (i) que os argumentos expendidos não eram suficientes para “infirmar as conclusões do v. aresto combatido”; (ii) ausência de maltrato às normas legais apontadas; (iii) impedimento da Súmula n. 7-STJ; (iv) ser impossível a análise de ofensa ao Convênio n. 66/1988, eis que não se cuida de tratado ou lei federal; (v) ausência de comprovação do dissídio pretoriano. Na mesma linha, foi inadmitido o apelo extraordinário (fls. 530-531), tendo sido interposto o recurso previsto no artigo 544, do CPC (fl. 533).

Em virtude do provimento conferido ao Agravo de Instrumento n. 710.148-SP (fl. 539), os autos vieram a esta Corte.

O Ministério Público Federal, na pessoa do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Aurélio Virgílio Veiga Rios, ofertou parecer assim sintetizado:

Recurso especial. Tributário. Repartição de receita de ICMS sobre energia elétrica. Fato gerador do tributo. Falta dos requisitos para admissibilidade do apelo.

I. Não se conhece do recurso especial em razão da ausência de prequestionamento do dispositivo tido por violado e da falta de demonstração da divergência entre os julgados.

II. Além disso, o recorrente aduziu violação a dispositivos do Convênio n. 66/1988, todavia esse ato normativo não se enquadra no conceito de 'lei federal' previsto no artigo 105, III, da CF/1988.

III. No mérito, verifica-se que o fato gerador apto a ensejar maior participação municipal na partilha do ICMS ocorre em Município diverso do Município recorrente, fato este que não autoriza a reforma do acórdão recorrido.

IV. Parecer pelo não conhecimento do recurso especial e, no mérito, pelo seu não provimento (fl. 560).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Como já registrado no relatório, aqui se discute pleito do recorrente, Município de Ubarana, com o objetivo de participar da receita do ICMS decorrente da geração de energia produzida pela “Usina de Promissão”, situada em seu território, malgrado a denominação evoque o município vizinho, proporcionalmente ao valor adicionado em seu território em relação ao total arrecadado.

Em suma, o acórdão recorrido decidiu que apenas o município de Promissão, onde está a administração da usina hidrelétrica, faz jus ao ICMS, em razão do ato de mercancia constituir-se no fato gerador do imposto.

Passo ao exame dos diversos fundamentos expostos nas razões do recurso especial.

Em face da prejudicialidade, inicio pela alegação de ofensa ao artigo 334, inciso III, do Código de Processo Civil.

Alega-se não existir fato incontroverso que pudesse ser reconhecido pelo acórdão recorrido, nestes termos:

Em verdade, não houve, em momento algum, o reconhecimento, pelas partes litigantes, *de que a venda de energia gerada no Município Embargante ocorreria no Município de Promissão*. Da mesma forma, *não há, nos autos qualquer prova que autorize a conclusão de que é no Município de Promissão, – onde de localizam, apenas, a administração da Usina e o setor de piscicultura –, que ocorre a venda de energia elétrica* (fl. 326).

Em outras palavras, o recorrente afirma ser controverso o aspecto fático de que a venda da energia gerada pelo recorrente ocorreria no Município de Promissão.

Entretanto, a análise da pretensão da Municipalidade esbarra no impedimento da Súmula n. 7-STJ, pois não há como infirmar, sem revolver o conjunto probatório dos autos, a premissa consignada pelo Tribunal Paulista em sentido contrário. Para ilustrar, destaco excertos do aresto proferido por ocasião dos aclaratórios:

Conforme se vê da prova dos autos, o Município autor, ora embargante, em momento algum afirmou que, em seu território opera-se a venda de energia elétrica gerada na Usina Promissão. Também não negou que tal venda tem lugar no Município de Promissão.

Tanto é verdade que sustentou desde o principio que, na hipótese sob exame, o fato gerador do ICMS resta caracterizado com a geração de energia elétrica e sua distribuição. Não diz, mas subentende-se que considera irrelevante, para tal fim, a venda da energia elétrica produzida.

Se provasse (eis isso nem mesmo alegou) que além da produção e distribuição fosse a energia elétrica comercializada em seu território, desnecessária seria qualquer discussão a respeito do direito que ora reclama.

Bem por isso que o acórdão impugnado considerou tal fato incontroverso (fls. 301-302).

Assim, não há como conhecer do apelo nesse ponto.

Também não ultrapassa a barreira do conhecimento a assertiva de ofensa ao artigo 23, do Convênio n. 66/1988, em face da ausência de prequestionamento. O dispositivo possui a seguinte dicção:

Art. 23 A lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos legais devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo;

Em momento algum o aresto impugnado tratou da matéria à luz dessa norma legal.

Por outro lado, em face do prequestionamento, ainda que implícito, dos demais dispositivos apontados por ofendidos – artigos 3º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n. 63/1990; artigos 2º, inciso VI e 27, inciso I, alínea **b**, § 3º, ambos do Convênio n. 66/1988 –, bem como da comprovação da divergência, conheço do recurso.

De início, há de serem afastadas as alegações dos recorridos, bem assim do ilustre representante do Ministério Público Federal, no sentido de que o Convênio n. 66/1988 não se equipararia à lei federal para fins de interposição do presente recurso.

A equiparação é admissível, pois o Convênio n. 66/1988 atuou como sucedâneo da Lei Complementar prevista no art. 34, § 8.º, do ADCT, de seguinte teor:

Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n. 1, de 1969, e pelas posteriores.

(...)

§ 8º - Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, **b**, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar n. 24, de 07 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.

O art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT prevê a celebração de convênios entre os Estados e o Distrito Federal para regular, temporariamente, a matéria relativa ao ICMS, enquanto não promulgada a norma complementar exigida no art. 155 da Carta Federal.

O Convênio n. 66/1988 foi firmado como sucedâneo da lei complementar anunciada no dispositivo constitucional em exame, e assim vigeu até a edição da LC n. 87/1996, a denominada “Lei Kandir”. Nesse toar, relaciono alguns dos inúmeros precedentes deste Tribunal: AgRg nos EREsp n. 505.198-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 06.04.2009; REsp n. 712.004-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 23.05.2006; RMS n. 20.720-ES, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 1º.03.2007; REsp n. 735.832-RJ, decisão monocrática do Ministro Franciulli Netto, DJU de 23.08.2005.

Por fim, cabe ressaltar não ser invocável o precedente indicado no parecer do Ministério Público Federal, o REsp n. 790.530-RS, da Relatoria do Ministro Teori Zavascki, pois nesse julgado, esta Corte decidiu não ser cabível a análise de ofensa a Convênio firmado entre “o Poder Executivo municipal e o Poder Judiciário”, situação diversa da presente.

Superado esse óbice, passo a examinar o mérito da lide.

Como já referido, o colendo Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento à pretensão do recorrente, ao entendimento de que o fato gerador da exação se dá com a venda da energia, que, no caso, ocorre na sede administrativa da usina hidrelétrica, localizada no Município de Promissão (fl. 300), consoante se pode conferir nos seguintes excertos do voto condutor do acórdão proferido pela Corte Paulista ao reapreciar os aclaratórios:

Quando da interposição dos embargos de declaração relata o Município embargante que 'busca, neste feito, a condenação do Estado de São Paulo a considerar, na fixação do índice de participação de seu Município na partilha de receitas previstas na Constituição Federal, os valores de ICMS provenientes da geração e distribuição de energia produzida pela Usina de Promissão' (fls. 167).

Aponta, a seguir, o fundamento contido no acórdão embargado que levou a improcedência da ação, qual seja, 'de que a produção de energia elétrica não cria a possibilidade de incidência do imposto e, assim, não pode a demandante, ora apelante, pretender beneficiar-se de eventual arrecadação que ocorre somente com a venda de energia elétrica, a qual ocorre também incontroverso - no Município de Promissão, onde está localizada toda a parte administrativa da intitulada 'Usina de Promissão' (fls. 167).

Entendeu, por isso, que 'o v. acórdão embargado incorreu em omissão, ao deixar de apontar quais os fundamentos que o levaram a configurar como incontroverso o fato de que a venda de energia acontece no Município de Promissão' (fls. 168).

Argumenta que 'não houve, em momento algum, o reconhecimento, pelas partes litigantes, de que a venda da energia gerada no Município embargante ocorreria no Município de Promissão. Da mesma forma, não há, nos autos qualquer prova que autorize a conclusão de que é no Município de Promissão, - onde se localiza apenas a administração da Usina e o setor de piscicultura - que ocorre a venda de energia elétrica' (fls. 168).

Afirma que '... vem sustentando desde a petição inicial e demonstrou pelos documentos anexados aos autos, e que toda a *geração e distribuição* de energia elétrica ocorrem, integralmente, em seu Município, eis que as unidades geradoras, o canal da eclusa e o sistema de vertedouro da Usina estão instalados dentro de seu território' (fls. 168).

Conclui 'que o local do fato gerador, no caso dos autos, não é sujeito a considerações de espécie alguma, eis que a própria lei estadual, reproduzindo o Convenio n. 66/1988, o identifica como o do estabelecimento em que se dá a geração da energia (art. 23) de forma que considerar outro local seria violar a própria legalidade' (fls. 169).

Após tal exposição, formulou três requerimentos, todos eles na direção do provimento dos embargos.

Suprimento da omissão - A omissão consistira na análise do fato de que a energia elétrica produzida pela Usina de Promissão é *gerada e distribuída* no Município de Ubarana, fato esse que considera admitido pelas partes e comprovado nos autos.

Saneamento de contradição - A contradição consistira no reconhecimento, pelo acórdão embargado, de que a energia da Usina de Promissão é gerada no Município de Ubarana, mas que a venda de energia só ocorre no Município de Promissão, quando o local do fato gerador, nos termos da lei, e do Convênio n. 66/1988, e o estabelecimento gerador de energia.

Efeito modificativo. Entende que suprida a omissão e sanada a contradição, seja conferido efeito modificativo ao recurso. Os embargos foram rejeitados por acórdão cuja ementa tem o seguinte teor:

Embargos de declaração

Necessidade de preenchimento dos requisitos legais atinentes a esse recurso - Embargos rejeitados - Mesmo nos embargos de declaração com o fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa. (fls. 177).

O egrégio Superior Tribunal de Justiça deu provimento a Recurso Especial interposto pela Municipalidade de Ubarana para que os autos retomassem a este Tribunal a fim de que respondesse a questão federal suscitada (fls. 445 do primeiro apenso), estando a respectiva ementa assim redigida:

Processual Civil. Agravo regimental embargos de declaração. Art. 535 do CPC. Omissão

1 - Esta Corte já pacificou entendimento que manejado os aclaratórios, nos termos do art. 535 do CPC, não deve faltar respostas do Tribunal *a quo* as questões fundamentais ao deslinde do feito.

2 - Agravo conhecido. Recurso Especial provido (fls. 447 do primeiro apenso).

Passo, agora, a examinar as questões suscitadas pela Municipalidade embargante.

Reconheceu o acórdão embargado 'ser incontroverso, nos autos, estarem as unidades geradoras localizadas dentro do território de Ubarana, SP' (fls. 159).

De fato, as partes admitem e o acórdão reconhece que as unidades geradoras da Usina Promissão estão localizadas no Município de Ubarana, sendo que a energia elétrica ali produzida, evidentemente, é distribuída a partir da mencionada usina.

Quanto a tal tema, incorre a alegada omissão.

A suposta contradição não restou, também, caracterizada.

Tanto a sentença como o acórdão impugnados reconheceram que, a geração de energia elétrica na Usina Promissão em Ubarana, e sua distribuição a partir do referido Município não geram a incidência do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Restou assentado no acórdão embargado que 'a produção de energia elétrica não cria a possibilidade de incidência do imposto e, assim, não pode a demandante, ora apelante, beneficiar-se de eventual arrecadação que ocorre somente com a venda da energia elétrica, a qual ocorre também incontroverso - no Município de Promissão, onde está localizada toda a parte administrativa da intitulada 'Usina de Promissão' (fls. 159 e 160).

Conforme se vê da prova dos autos, o Município autor, ora embargante, em momento algum afirmou que, em seu território opera-se a venda de energia elétrica gerada na Usina Promissão. Também não negou que tal venda tem lugar no Município de Promissão.

Tanto é verdade que sustentou desde o princípio que, na hipótese sob exame, o fato gerador do ICMS resta caracterizado com a geração de energia elétrica e sua distribuição. Não diz, mas subentende-se que considera irrelevante, para tal fim, a venda da energia elétrica produzida.

Se provasse (eis isso nem mesmo alegou) que além da produção e distribuição fosse a energia elétrica comercializada em seu território, desnecessária seria qualquer discussão a respeito do direito que ora reclama.

Bem por isso que o acórdão impugnado considerou tal fato incontroverso.

Inexiste qualquer contradição entre ambas às afirmações contidas no acórdão sob exame, pois *geração, distribuição e venda de energia elétrica se constituem em três operações distintas*. De forma que cada uma delas pode ser levada a efeito em um local diferente.

Na realidade busca o Município autor que se proceda, nos presentes embargos declaração uma reinterpretação da lei e uma reaplicação desta a uma situação concreta, o que é inadmissível em se tratando de embargos de declaração, de estreitíssimos limites.

Por mais que se amplie o alcance do disposto no artigo 535 do Código de Processo Civil não se chegará ao que aqui pretende o Município embargante, ou seja, obter nova interpretação da lei para, por meio desta, conseguir a modificação do acórdão atacado.

Alega a Municipalidade embargante haver o acórdão guerreado contrariado o disposto no artigo 334, III, do Código de Processo Civil.

Tal acusação não é, todavia, de ser aceita.

O acórdão admitiu como incontroverso o fato da energia elétrica ser vendida em Promissão e não em Ubarana por haver o Município autor sustentado em todo o processamento deste feito que, em seu território era apenas gerada e distribuída a energia elétrica. Nem mesmo alegou, repita-se, que tal comercialização ocorrera em seu território.

Como a respeito de tal fato, não se estabeleceu nenhuma controvérsia, é óbvio que tinha o acórdão de reconhecê-lo como incontroverso.

Inaplicável a hipótese dos autos o inciso I do artigo 150 da Constituição Federal ('sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios' ... 'exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça').

O acórdão não violou o disposto no inciso IV e no parágrafo único, ambos do artigo 158 da Constituição Federal, pois tais regras não identificam o fato gerador do ICMS, mas a forma de partilha de tal tributo entre Estados e Municípios.

E, por último, o disposto no artigo 160 da Constituição Federal nenhuma relação tem, mesmo remotamente, com o tema em debate ('É vedada a retenção ou qualquer restrição a entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta Seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos').

O mais, cinge-se a interpretação de lei estadual.

É de consignar-se por último que no acórdão teve-se a cautela de mencionar os dispositivos constitucionais indicados pelo Município autor como violados para fins de eventual prequestionamento (fls. 164).

Isto posto, rejeitam-se os embargos de declaração (fls. 296-304).

Em síntese, a solução da controvérsia consiste em definir o local em que ocorre o fato gerador do ICMS, para efeito de repartição de receita: se na usina de energia, onde se encontra o gerador – localizada no Município de Ubarana, ou na sua sede administrativa, que a comercializa – situada no Município de Promissão.

Nos termos em que ora está posta, pelo que pude apurar, a matéria é nova na jurisprudência deste Tribunal.

Não se confunde com o tema pacificado nos julgados do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, nos quais litigavam, de um lado, os municípios onde se dava a produção da energia e, de outro, os municípios alagados – em decorrência da construção de barragens para a edificação de usinas hidrelétricas – com o fim de saber a quem pertencia o direito à repartição de receitas provenientes do ICMS, a exemplo do que ficou decidido nos seguintes precedentes: RE n.

253.906-MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 18.02.2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno; *RE n. 94.613-SP*, Rel. Min. Oscar Corrêa, DJU de 24.05.1985; *REsp n. 425.426-MG*, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 24.03.2003; *REsp n. 331.876-MG*, Rel. Min. José Delgado, DJU de 22.10.2001; *AgRg nos EDcl no REsp n. 747.772-PR*, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 04.05.2006; *REsp n. 38.344-PR*, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 31.10.1994; *RMS n. 5.823-MG*, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 04.09.1995; *REsp n. 401.998-MG*, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 24.03.2003.

No caso dos precedentes ora citados, não houve questionamento quanto à peculiaridade discutida no presente recurso, em que o *local da produção* da energia elétrica é *distinto* da *sede administrativa* da Usina, onde foi realizada sua venda, para efeito de definição do local da ocorrência do fato gerador da exação.

Também não há que se confundir a hipótese dos autos com o precedente analisado pelo Pretório Excelso no julgamento da ADI n. 1.423-SP na data de 16.05.2007, em que foi contestada a Lei n. 9.332/1995 do Estado de São Paulo – a qual dispõe sobre a parcela pertencente aos Municípios do produto proveniente da arrecadação do ICMS – por suposta inconstitucionalidade formal em decorrência de violação à reserva de lei complementar federal, aresto que recebeu a seguinte ementa:

Constitucional. Financeiro. Partilha do produto arrecadado com a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Fundo de Participação dos Municípios. Operações de geração de energia elétrica. Usina. Norma estadual que dispõe sobre o cálculo do valor agregado (Lei n. 9.332/1995, do Estado de São Paulo). Violação dos arts. 158, IV, e parágrafo único, I e 161, I, da Constituição de 1988.

Viola a reserva de lei complementar federal, prevista no art. 161, I, da Constituição, norma estadual que dispõe sobre o cálculo do valor agregado, para fins de partilha da arrecadação do ICMS, nos termos do art. 158, IV, e parágrafo único, I, da Carta Magna. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente (sem destaques no original).

Para ilustrar, transcrevo excertos do voto condutor do *decisum* da relatoria do Exmo. Senhor Ministro Joaquim Barbosa:

É o relatório. Distribuam-se, oportunamente, cópias aos senhores ministros.

Assim, conquanto os estados federados tenham competência para legislar concorrentemente sobre matéria financeira (art. 24, I), a legislação local destinada a dar concreção à partilha da receita arrecadada nos termos do art. 158, IV, parágrafo

único, I, da Constituição não deverá dispor sobre a conceituação e definição legal da expressão 'valor adicionado'.

Contrariamente ao disposto no art. 161, I, da Constituição, a Lei Estadual n. 9.332/1995 opta por metodologia e critérios próprios para a repartição das receitas previstas no art. 158, IV, e parágrafo único, I, da Constituição. Tais critérios manifestam-se na fórmula que determina o cálculo do valor adicionado na operação de geração e distribuição de energia elétrica com base em frações diferenciadas, relativas à proporção de extensão territorial em que se encontram dois tipos de instalações de uma mesma usina hidrelétrica, quais sejam: o reservatório de água e as demais instalações.

Transcrevo alguns precedentes do Pleno sobre a matéria:

Recurso extraordinário. Tributário e Financeiro. Repartição do ICMS. Art. 158, IV e 161, I, da CF/1988. Reserva de lei complementar. Usina hidrelétrica. Reservatório. Áreas alagadas.

1. Hidrelétrica cujo reservatório de água se estende por diversos municípios. Ato do Secretário de Fazenda que dividiu a receita do ICMS devida aos municípios pelo 'valor adicionado' apurado de modo proporcional às áreas comprometidas dos municípios alagados.

2. Inconstitucionalidade formal do ato normativo estadual que disciplina o 'valor adicionado'. *Matéria reservada à lei complementar federal. Precedentes.*

3. Estender a definição de apuração do adicional de valor, de modo a beneficiar os municípios em que se situam os reservatórios de água representa a modificação dos critérios de repartição de receitas previstos no art. 158 da Constituição. Inconstitucionalidade material. Precedentes.

4. Na forma do artigo 20, § 1º, da Constituição Federal, a reparação dos prejuízos decorrentes do alagamento de áreas para a construção de hidrelétricas deve ser feita mediante a participação ou compensação financeira.

Recurso extraordinário conhecido e improvido (RE n. 253.906, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 18.02.2005).

Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar deferida *ad referendum*. Impugnação dirigida contra os §§ 1º, 2º e 3º do art. 17 da Lei Complementar n. 157, de 20 de janeiro de 2004 e em face de toda a Lei Complementar n. 158, de 29 de janeiro de 2004, ambas do Estado do Mato Grosso. Violação ao inciso I do parágrafo único do art. 158 c.c. o art. 161, inciso I, da Constituição Federal de 1988. - Reconhece-se plausibilidade da tese sustentada na inicial, uma vez que, ao disciplinar os índices de participação dos Municípios de Mato Grosso no produto da arrecadação

do ICMS, as leis impugnadas nesta ação direta de inconstitucionalidade laboraram no campo normativo reservado à lei complementar federal. - Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADI n. 3.262, rel. Min. Carlos Brito, DJ 04.03.2005).

Ação direta de inconstitucionalidade. Preliminares. Lei estadual. ICMS. Parcela pertencente aos Municípios. Cálculo. Valor adicionado. Matéria reservada à lei complementar. Vício formal insanável.

(...)

3. ICMS. Distribuição da parcela de arrecadação que pertence aos Municípios. Lei estadual que disciplina a forma de cálculo do valor adicionado para apuração do montante fixado no inciso I do parágrafo único do artigo 158 da Constituição Federal. Matéria expressamente reservada à lei complementar (CF, artigo 161, I). *Vício formal insanável que precede a análise de eventual ilegalidade em face da Lei Complementar Federal n. 63/1990. Violação direta e imediata ao Texto Constitucional.*

4. Cuidando-se de defeito de forma que, pelas mesmas razões, atinge outros dispositivos não impugnados na inicial, impõe-se a aplicação da teoria da inconstitucionalidade consequencial.

5. Parcela relativa a um quarto da participação dos Municípios no produto da arrecadação do ICMS (CF, artigo 158, parágrafo único, inciso II). Matéria reservada à lei estadual. Afronta formal não configurada. Inexistência de desrespeito ao princípio da isonomia. Ação procedente em parte (ADI n. 2.728, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 20.02.2004).

Do exposto, *julgo procedente* esta ação direta, para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 9.332/1995 do estado de São Paulo, por violação do art. 161, I, da Constituição. (...).

Na referida demanda, alegou-se que *a modificação, por lei estadual, do critério de participação dos municípios paulistas no produto da arrecadação do ICMS ofenderia o disposto nos artigos 160 e 158, inciso IV e parágrafo único, inciso I, ambos da Constituição da República.*

Em outras palavras, sustentou-se que a lei paulista violou reserva de lei complementar federal em razão de ter *alargado o conceito de estabelecimento de usina hidrelétrica para abranger a usina geradora da energia e a área inundada pela formação do lago situado em territórios de outros municípios, onde não ocorre a hipótese de incidência do ICMS.*

Como se vê, na situação explanada, o Supremo Tribunal Federal tratou de situação em que o legislador estadual pretendeu estender a hipótese de

incidência do ICMS com o fim de alcançar o reservatório de água e as demais instalações da usina, para fins de cálculo do VAF.

No caso em apreço, *a controvérsia reside em saber onde ocorre o fato gerador do ICMS*, se no local onde situada a usina geradora de energia elétrica – onde está o gerador – ou na sede administrativa da mesma usina, localizada em município diverso. O Tribunal Paulista não alargou a hipótese de incidência do tributo, como se deu no precedente do STF, apenas entendeu que o fato gerador deve ocorrer no local onde se consuma a venda da energia elétrica, ou seja, na sede administrativa da usina, localizada em município diverso da fonte geradora de energia.

Malgrado os precedentes do STJ e do STF tenham analisado a questão dos municípios alagados, bem assim a questão da inconstitucionalidade formal da Lei Paulista, na verdade, acabam por corroborar o raciocínio, a seguir exposto, para concluir que o fato gerador do ICMS se aperfeiçoa com a mera circulação econômica da mercadoria – energia elétrica – após sua geração e saída do lugar onde se situa o equipamento utilizado para produzi-la – gerador.

Estabelecida a diferença das hipóteses fáticas, transcrevo os dispositivos apontados por malferidos – artigos 3º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n. 63/1990, artigo 2º, inciso VI e artigo 27, inciso I, alínea **b**, § 3º, ambos do Convênio n. 66/1988:

Lei Complementar n. 63/1990

Art. 3º 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação serão creditados, pelos Estados, aos respectivos Municípios, conforme os seguintes critérios:

I - 3/4 (três quartos), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até 1/4 (um quarto), de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal.

§ 1º O valor adicionado corresponderá, para cada Município, ao valor das mercadorias saídas acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil.

§ 1º O valor adicionado corresponderá, para cada Município: (Redação dada pela Lei Complementar n. 123, de 2006).

I – ao valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil; (Incluído pela Lei Complementar n. 123, de 2006)

II – nas hipóteses de tributação simplificada a que se refere o parágrafo único do art. 146 da Constituição Federal, e, em outras situações, em que se dispensem os controles de entrada, considerar-se-á como valor adicionado o percentual de 32% (trinta e dois por cento) da receita bruta. (Incluído pela Lei Complementar n. 123, de 2006)

§ 2º Para efeito de cálculo do valor adicionado serão computadas:

I - as operações e prestações que constituam fato gerador do imposto, mesmo quando o pagamento for antecipado ou diferido, ou quando o crédito tributário for diferido, reduzido ou excluído em virtude de isenção ou outros benefícios, incentivos ou favores fiscais;

II - as operações imunes do imposto, conforme as alíneas **a** e **b** do inciso X do § 2º do art. 155, e a alínea **d** do inciso VI do art. 150, da Constituição Federal (sem destaques no original).

Convênio n. 66/1988

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

I - na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem, importados do exterior;

II - na entrada no estabelecimento de contribuinte de mercadoria oriunda de outro Estado, destinada a consumo ou a ativo fixo;

III - na utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto;

IV - na aquisição, em licitação, promovida pelo Poder Público, de mercadoria ou bem, importados do exterior e apreendidos;

V - na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas;

VII - no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por qualquer estabelecimento, incluídos os serviços prestados;

VIII - no fornecimento de mercadoria com prestação de serviços:

(...)

IX - na execução de serviços de transporte interestadual e intermunicipal;

X - na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior.

§ 1º Para efeito destas normas, equipara-se à saída:

I - a transmissão de propriedade de mercadoria, quando esta não transitar pelo estabelecimento do transmitente;

II - o consumo ou a integração no ativo fixo de mercadoria produzida pelo próprio estabelecimento ou adquirida para industrialização ou comercialização.

§ 2º Na hipótese do inciso X, caso o serviço seja prestado mediante ficha, cartão ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador quando do fornecimento desses instrumentos ao usuário.

§ 3º Os Estados poderão exigir o pagamento antecipado do imposto, com a fixação, se for o caso, do valor da operação ou da prestação subsequente, a ser efetuada pelo próprio contribuinte.

§ 4º Revogado o § 4º pelo Convênio ICMS n. 108/1989, efeitos a partir de 1º.05.1990 (sem destaques no original);

Art. 27. O local da operação ou da prestação, para os efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria:

a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador;

b) o do estabelecimento em que se realize cada atividade de produção, extração, industrialização ou comercialização, na hipótese de atividades integradas;

c) onde se encontre, quando em situação fiscal irregular, como dispuser a legislação tributária;

d) o do estabelecimento destinatário ou, na falta deste, o do domicílio do adquirente, quando importada do exterior, ainda que se trate de bens destinados a consumo ou a ativo fixo do estabelecimento;

e) aquele onde seja realizada a licitação, no caso de arrematação de mercadoria importada do exterior e apreendida;

f) o de desembarque do produto, na hipótese de captura de peixes, crustáceos e moluscos;

g) o do Estado de onde o ouro tenha sido extraído, em relação à operação em que deixe de ser considerado como ativo financeiro ou instrumento cambial;

II - tratando-se de prestação de serviço de transporte:

(...)

III - tratando-se de prestação de serviço de comunicação:

(...)

IV - tratando-se de serviços prestados ou iniciados no exterior, o do estabelecimento encomendante.

§ 1º Estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, onde *pessoas físicas ou jurídicas exercem suas atividades* em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontram armazenadas mercadorias, ainda que o local pertença a terceiros.

§ 2º Na impossibilidade de determinação do estabelecimento, nos termos do parágrafo anterior, considera-se como tal, para os efeitos destas normas, o local em que tenha sido efetuada a operação ou prestação ou encontrada a mercadoria.

§ 3º *Considera-se como estabelecimento autônomo, em relação ao estabelecimento beneficiador, industrial, comercial ou cooperativo, ainda que do mesmo titular, cada local de produção agropecuária ou extrativa vegetal ou mineral, de geração, inclusive de energia, de captura pesqueira, situado na mesma área ou em áreas diversas do referido estabelecimento.*

§ 4º Quando a mercadoria for remetida para armazém-geral ou para depósito fechado do próprio contribuinte, no mesmo Estado, a posterior saída considerar-se-á ocorrida no estabelecimento do depositante, salvo se para retornar ao estabelecimento remetente.

§ 5º Considera-se, também, local da operação o do estabelecimento que transfira a propriedade, ou o título que a represente, de mercadoria que por ele não tenha transitado e que se ache em poder de terceiros, sendo irrelevante o local onde se encontre.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior não se aplica às mercadorias recebidas de contribuintes de Estado diverso do depositário, mantidas em regime de depósito (sem destaques no original).

A distribuição das receitas provenientes da arrecadação do ICMS, na sua maior parte, depende do Valor Adicionado Fiscal – VAF, que consiste em um indicador utilizado para o cálculo de repasse de receitas para os municípios. Esse indicador corresponde ao valor acrescentado ou agregado nas operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços realizados no território do Município.

A Constituição da República assegura aos Municípios 25% do ICMS arrecadado pelo Estado, consoante o disposto no artigo 158, inciso IV:

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

(...)

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Do percentual de ICMS reservado aos Municípios, *três quartos (3/4)*, no mínimo, devem ser creditados “na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, *realizadas em seus territórios,*” e *até um quarto (1/4)* “de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal”.

Confira-se a redação do parágrafo único do artigo 158:

Art. 158 (...)

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, *realizadas em seus territórios;*

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal (sem destaques no original).

Extrai-se da norma constitucional que o Valor Adicionado Fiscal – três quartos, no mínimo – é calculado com base na circulação de mercadorias e prestações de serviços *realizados no território de cada município*. Isso significa dizer que o VAF é creditado com base no critério da territorialidade. Na mesma linha é o entendimento de Misabel Abreu de Machado Derzi em artigo publicado na Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais:

É fácil concluir – um a vez que está literalmente consignado na Constituição – que a norma fundamental adota, como critério de distribuição do ICMS entre os Municípios, o da territorialidade do valor adicionado. *Segundo esse critério básico e obrigatório em todo o âmbito nacional, cada Município fica com o valor adicionado produzido em seu próprio território* (A Redistribuição do ICMS aos Municípios e o Critério Constitucional da Territorialidade do Valor Adicionado, v.1, Belo Horizonte, 1983, p. 123).

Saliente-se que esse critério para a definição do valor adicionado encontra respaldo, não só no texto constitucional, mas também na Lei Complementar n. 63/1990, que regulamentou o artigo 161 da CF. Ressalto que o referido

diploma legal dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios.

Consoante a redação do inciso I do § 1º do art. 3º da LC n. 63/1990, o VAF corresponde à diferença entre o valor das saídas de mercadorias e dos serviços de transporte e de comunicação prestados no seu território e o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil.

Já nas hipóteses de tributação simplificada – microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do artigo 146, parágrafo único, da CRFB –, bem assim nas situações em que se dispensem os controles de entrada, considera-se, para cálculo do VAF, o percentual de 32% do total da receita, segundo a dicção do inciso II, do § 1º, do art. 3º da LC n. 63/1990, conferida pela LC n. 123/2006.

Além disso, para efeito de cálculo do VAF devem ser levadas em consideração todas as operações que, em tese, constituiriam fato gerador do ICMS, ainda que não tributadas por força de imunidade ou isenção, apurando-se a riqueza em cada uma delas a teor do estipulado no art. 3º, § 2º, inciso I e II, da LC n. 63/1990.

Destaco fragmentos do mencionado dispositivo que interessam à solução do caso:

Art. 3º. 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação serão creditados, pelos Estados, aos respectivos Municípios, conforme os seguintes critérios:

I - 3/4 (três quartos), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até 1/4 (um quarto), de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal.

~~§ 1º O valor adicionado corresponderá, para cada Município, ao valor das mercadorias saídas acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil.~~

§ 1º O valor adicionado corresponderá, para cada Município: (Redação dada pela Lei Complementar n. 123, de 2006).

I – ao valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil; (Incluído pela Lei Complementar n. 123, de 2006).

II – nas hipóteses de tributação simplificada a que se refere o parágrafo único do art. 146 da Constituição Federal, e, em outras situações, em que se dispensem os controles de entrada, considerar-se-á como valor adicionado o percentual de 32% (trinta e dois por cento) da receita bruta. (Incluído pela Lei Complementar n. 123, de 2006)

§ 2º Para efeito de cálculo do valor adicionado serão computadas:

I - as operações e prestações que constituam fato gerador do imposto, mesmo quando o pagamento for antecipado ou diferido, ou quando o crédito tributário for diferido, reduzido ou excluído em virtude de isenção ou outros benefícios, incentivos ou favores fiscais;

*II - as operações imunes do imposto, conforme as alíneas **a** e **b** do inciso X do § 2º do art. 155, e a alínea **d** do inciso VI do art. 150, da Constituição Federal. (...).*

Apenas a título de esclarecimento, atento que os demais parágrafos do artigo 3º, da LC n. 63/1990, dispõem sobre os prazos de concessão dos créditos das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados, o direito à informação, à publicidade do montante dos repasses e o direito à impugnação aos índices e dados publicados, situações não debatidas nestes autos.

Por fim, cabe o registro de que, malgrado a demanda tenha sido ajuizada em 1994, antes da alteração conferida pela LC n. 123/2006, não houve modificação substancial do conceito de valor adicionado fiscal inserto no § 1º do art. 3º da LC n. 63/1990. Em verdade, o legislador ordinário, com o fim de regulamentar os critérios de VAF relativos às microempresas e empresas de pequeno porte, incluiu dois incisos no § 1º do art. 3º da LC n. 63/1990, repetindo o teor do *caput* desse parágrafo no inciso I desse dispositivo. O inciso II do § 1º do art. 3º, conforme já asseverado, cuidou das hipóteses de tributação simplificada.

Assim, é possível concluir que, para fins de cálculo do VAF, em se tratando de energia elétrica, torna-se imprescindível saber em que local ocorre a “saída” da mercadoria – critério da territorialidade, elemento espacial da obrigação tributária.

Em outras palavras, é preciso saber onde ocorre o fato gerador do ICMS: se na usina geradora da energia, onde se encontra o gerador, consoante alega o recorrente, ou na sede administrativa da Usina que a comercializa, que fica no Município recorrido.

In casu, o Tribunal Paulista deixou claro que a geração de energia elétrica na Usina de Promissão situada no Município de Ubarana não consubstancia o fato gerador do ICMS.

Entretanto, tal orientação vai de encontro ao que prevê o inciso VI do art. 2º do Convênio n. 66/1988, ao estabelecer que a materialização da hipótese de incidência do ICMS ocorre na saída da mercadoria do *estabelecimento gerador* “para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas” (sem destaques no original).

Corroborar o raciocínio o disposto no artigo 27 do aludido Convênio, que prevê o elemento espacial da hipótese de incidência do ICMS relativa à mercadoria:

Art. 27. O local da operação ou da prestação, para os efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria:

a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador;

b) o do estabelecimento em que se realize cada atividade de produção, extração, industrialização ou comercialização, na hipótese de atividades integradas (...) (sem destaques no original).

Na mesma linha, são as disposições contidas nos artigos 11 e 12 da LC n. 87/1996, *in verbis*:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador; (...);

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular; (...).

Já o parágrafo único do artigo 53 do Decreto n. 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, que regulamenta os serviços de energia elétrica de acordo com o

determinado no Código de Águas, define *unidade geradora de energia elétrica nos seguintes termos:*

Art 53. São unidades geradoras ativas as destinadas a atender à demanda máxima característica do sistema elétrico do concessionário. Unidades geradoras de reserva são as unidades excedentes às unidades ativas e destinadas a substituir estas últimas quando retiradas de serviço para limpeza, conservação ou reparo.

Parágrafo único. Entende-se por unidade geradora o motor primário, o gerador e todo o respectivo equipamento auxiliar.

Nessa linha, são as lições de Marcília Metzker S. Bretas em artigo publicado na Revista Internacional de Direito Tributário – Abradt:

O estabelecimento de uma usina, em conformidade com o preceito legal, só poderá ser considerado o local onde se encontram os operadores da usina, bem como equipamentos de medição, que caracterizam o exercício da atividade ("Aproveitamento de Créditos de ICMS sobre Insumos na Produção de Energia Elétrica - Bens do Ativo Permanente", Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 257).

Não há como considerar, portanto – consoante sustentam os ilustres presentantes do *Parquet* Federal, da Fazenda do Estado de São Paulo e do Município de Promissão – que o fato gerador relativo à produção de energia elétrica consuma-se no Município recorrido, local onde se encontra apenas a administração da usina hidrelétrica.

Considerando todos os fundamentos acima apresentados, forçoso concluir que o fato gerador do ICMS se aperfeiçoa somente com a circulação econômica da mercadoria – energia elétrica – após sua geração e saída do lugar onde se situa o equipamento utilizado para produzi-la – gerador. Neste local é que se ocorre a adição de valor que servirá de referência para apuração da parcela conferida aos municípios. *In casu*, esse equipamento, segundo aferido pelo acórdão recorrido, encontra-se no Município ora recorrente (Usina Hidrelétrica de Promissão, localizada no Município de Ubarana – fl. 300).

Impende reconhecer o direito do recorrente a receber, de modo exclusivo, o repasse de ICMS, calculado com base no valor adicionado fiscal, pois somente no local onde se situa o gerador da usina de energia elétrica há a materialização da hipótese de incidência da exação.

Ante o exposto, *conheço em parte do recurso especial para dar-lhe provimento.*
É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 813.408-RS (2006/0018488-3)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Márcia Barcaro

Advogado: Marcelo Santagada e outro

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Ricardo Antônio Lucas Camargo e outro(s)

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Ensino superior. Pós-graduação. Residência médica. Oferecimento de alojamento e alimentação pelo Poder Público durante o período da residência (auxílios *in natura*). Lei n. 6.932/1981. Direito à tutela jurisdicional que envolve a adequação dos provimentos judiciais. Tutela específica. Impossibilidade. Art. 461, § 1º, do CPC. Conversão em medida que garanta resultado prático equivalente. Auxílio em pecúnia.

1. Trata-se de recurso especial em que se discute se a Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul tem o dever legal de oferecer alojamento e alimentação aos residentes de Medicina e, em não o fazendo, se é cabível a conversão da obrigação em pecúnia.

2. É a seguinte a redação do art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.932/1981: “As instituições de saúde responsáveis por programas de residência médica oferecerão aos residentes alimentação e moradia no decorrer do período de residência”.

3. Há limites para a discricionariedade administrativa, especialmente quando o dispositivo legal é peremptório a respeito da obrigatoriedade no fornecimento de alojamento e alimentação.

4. Se o Poder Público insiste em desconsiderar a norma, fazendo dessa previsão letra morta, caberá controle e intervenção do Judiciário, uma vez que, nestes casos, deixa-se o critério da razoabilidade para adentrar-se a seara da arbitrariedade, fato que, em último grau, caracteriza a omissão como ilegal.

5. A partir do momento em que opta pela inércia não autorizada legalmente, a Administração Pública se sujeita ao controle do Judiciário

da mesma forma que estão sujeitas todas as demais omissões ilegais do Poder Público, tais como aquelas que dizem respeito à consecução de políticas públicas (v., p. ex., STF, AgR no RE n. 410.715-SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJU 03.02.2006).

6. É óbvio que o Judiciário não tem o condão de determinar que a Secretaria de Estado competente forneça *pontualmente* moradia e alimentação (i.e., de forçar que este órgão crie um mecanismo bastante para atender a um residente específico), pois isso seria contrariar uma premissa pragmática inafastável, qual seja, a de que o magistrado, no exercício de sua função, não possui condições para avaliar, no nível macro, as condições financeiro-econômicas de certo Estado-membro para viabilizar tal e qual política de assistência.

7. Contudo, a simples inexistência de previsão legal para *conversão* de auxílios que deveriam ser fornecidos *in natura* em pecúnia não é suficiente para obstaculizar o pleito recursal, pois é evidente que se insere dentro do direito constitucional individual à tutela jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República vigente) a necessidade de que a prestação jurisdicional seja adequada.

8. É por isso que o Código de Processo Civil, em seu art. 461, § 1º, dispõe que, na impossibilidade de tutela específica, é dado ao Poder Judiciário determinar medidas que garantam um resultado prático equivalente - ou mesmo se que converta a obrigação em perdas e danos.

9. Na inicial, a recorrente pede que os magistrados fixem um percentual sobre a bolsa de estudos em substituição ao dever estatal de prestação de alojamento e alimentação. Nada obstante, esta instância especial não tem poderes para analisar questões fático-probatórias para auxiliar a fixação desses valores, sob pena de violação à Súmula n. 7 desta Corte Superior.

10. Recurso especial provido, determinando o retorno dos autos à origem a fim de que lá seja determinado um valor razoável que garanta um resultado prático equivalente ao que determina o art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.932/1981.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 02 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 15.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto por Márcia Barcaro, com fundamento na alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição da República vigente, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado (fl. 103):

Residência médica. Auxílio-moradia e auxílio-alimentação. Lei Federal. Previsão de alimentação e alojamento. Inexistência de lei estadual. Lei Federal que prevê o fornecimento de alojamento e alimentação aos médicos-residentes, o que é diverso da concessão de benefício para moradia e alimentação. Ademais, inexistente lei estadual sobre o tema. Competência concorrente para legislar sobre a questão. Erro material corrigido de ofício. *Recurso improvido, por maioria.*

Em suas razões recursais (fls. 110-114), alega-se ter havido ofensa aos arts. 4º, § 4º, da Lei n. 6.932/1981 e 461, § 1º, do Código de Processo Civil - CPC, uma vez que a Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul tem o dever legal de oferecer alojamento e alimentação aos residentes de Medicina e, como não o faz, cabível a conversão da obrigação em pecúnia.

Nas contra-razões (fls. 117-119), defende-se, em suma, a manutenção do acórdão recorrido.

O juízo de admissibilidade foi negativo na instância ordinária (fl. 123), mas essa decisão foi revertida em momento posterior.

O recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Penso que assiste razão à recorrente.

É a seguinte a redação do art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.932/1981:

As instituições de saúde responsáveis por programas de residência médica oferecerão aos residentes alimentação e moradia no decorrer do período de residência.

Pois bem. Como venho defendendo já há algum tempo, há limites para a discricionariedade administrativa, especialmente quando o dispositivo legal é peremptório a respeito da obrigatoriedade no fornecimento de alojamento e alimentação.

Se o Poder Público insiste em desconsiderar a norma, fazendo dessa previsão letra morta, caberá controle e intervenção do Judiciário, uma vez que, nestes casos, deixa-se o critério da razoabilidade para adentrar-se a seara da arbitrariedade, fato que, em último grau, caracteriza a omissão como ilegal.

A partir do momento em que opta pela inércia não autorizada legalmente, a Administração Pública se sujeita ao controle do Judiciário da mesma forma que estão sujeitas todas as demais omissões ilegais do Poder Público, tais como aquelas que dizem respeito à consecução de políticas públicas (v., p. ex., STF, AgR no RE n. 410.715-SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJU 03.02.2006).

É óbvio que o Judiciário não tem o condão de determinar que a Secretaria de Estado competente forneça *pontualmente* moradia e alimentação (i.e., de forçar que este órgão crie um mecanismo bastante para atender a um residente específico), pois isso seria contrariar uma premissa pragmática inafastável, qual seja, a de que o magistrado, no exercício de sua função, não possui condições para avaliar, no nível macro, as condições financeiro-econômicas de certo Estado-membro para viabilizar tal e qual política de assistência.

Contudo, a simples inexistência de previsão legal para *conversão* de auxílios que deveriam ser fornecidos *in natura* em pecúnia não é suficiente

para obstaculizar o pleito recursal, pois é evidente que se insere dentro do direito constitucional individual à tutela jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República vigente) a necessidade de que a prestação jurisdicional seja adequada.

É por isso que o Código de Processo Civil, em seu art. 461, § 1º, dispõe que, na impossibilidade de tutela específica, é dado ao Poder Judiciário determinar medidas que garantam um resultado prático equivalente - ou mesmo que se converta a obrigação em perdas e danos.

Na inicial, a recorrente pede que os magistrados fixem um percentual sobre a bolsa de estudos em substituição ao dever estatal de prestação de alojamento e alimentação. Nada obstante, esta instância especial não tem poderes para analisar questões fático-probatórias para auxiliar a fixação desses valores, sob pena de violação à Súmula n. 7 desta Corte Superior.

Com essas considerações, voto por *dar provimento* ao recurso especial, determinando o retorno dos autos à origem a fim de que lá seja determinado um valor razoável que garanta um resultado prático equivalente ao que determina o art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.932/1981.

RECURSO ESPECIAL N. 933.002-RJ (2007/0047268-0)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Colégio Pedro II

Procurador: Jorge Gavinho Sobrinho e outro(s)

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Civil. Colégio Pedro II. Extinção do curso noturno. Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público Federal. Interesses coletivos em sentido estrito e difusos.

1. O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública objetivando a manutenção do curso de ensino médio no período

noturno oferecido pelo Colégio Pedro II - Unidade São Cristóvão, que teria sido ilegalmente suprimido pelo Diretor da referida entidade educacional.

2. O direito à continuidade do curso noturno titularizado por um grupo de pessoas – alunos matriculados no estabelecimento de ensino – deriva de uma relação jurídica base com o Colégio Pedro II e não é passível de divisão, uma vez que a extinção desse turno acarretaria idêntico prejuízo a todos, mostrando-se completamente inviável sua quantificação individual.

3. Há que se considerar também os interesses daqueles que ainda não ingressaram no Colégio Pedro II e eventualmente podem ser atingidos pela extinção do curso noturno, ou seja, um grupo indeterminável de futuros alunos que titularizam direito difuso à manutenção desse turno de ensino.

4. Assim, a orientação adotada pela Corte de origem merece ser prestigiada, uma vez que os interesses envolvidos no litígio revestem-se da qualidade de coletivos e, por conseguinte, podem ser defendidos pelo Ministério Público em ação civil pública.

5. No mais, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece expressamente a legitimidade do Ministério Público para ingressar com ações fundadas em interesses coletivos ou difusos para garantir a oferta de ensino noturno regular adequado às condições do educando.

6. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 29.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso especial interposto pela alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nestes termos ementado:

Administrativo. Ação civil pública. Manutenção do turno noturno em colégio federal. Direito coletivo e difuso. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal.

1) Estudar no turno da noite na Unidade São Cristóvão do Colégio Pedro II é um direito titularizável por qualquer atual ou futuro aluno de tal Unidade do Colégio Pedro II, que lá estude, ou venha a estudar, no turno noturno. Direito titularizável, destarte, por pessoas indeterminadas e indetermináveis, o que é o caso dos futuros alunos (direito difuso), e por pessoas determinadas, ou seja, por uma 'classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base', o que é o caso dos atuais alunos do turno noturno (direito coletivo).

2) Exsurge clara, outrossim, a sua 'natureza indivisível', na medida em que não podem ser compartilhados individualmente entre seus titulares, ou seja, atendido o direito de um aluno a estudar no turno noturno, será atendido o de todos. Desse modo, não se pode afirmar com precisão a quem pertencem, nem em que medida quantitativa são compartilhados, o que por si só já afasta a sua caracterização como direito individual homogêneo, categoria em que o titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível.

3) Trata-se, pois, de direito coletivo e difuso, conforme a titularidade considerada, nos termos dos incisos I e II, do art. 81, da Lei n. 8.078/1990, o que atrai a legitimidade ativa do Ministério Público Federal, *in casu*, ex-vi do art. 1º, inciso V, da Lei n. 7.347/1985.

4) Dou provimento à apelação e anulo a sentença recorrida (fl. 336).

Os subsequentes embargos declaratórios foram rejeitados em acórdão encartado às fls. 346-351.

Suscitando contrariedade aos arts. 81, parágrafo único, I, II e III, e 90 do Código de Defesa do Consumidor - CDC e aos arts. 1º, V, e 21 da Lei n. 7.347/1985, o recorrente defende a tese de que o Ministério Público Federal não detém legitimidade para ajuizar ação civil pública com o escopo de impedir o encerramento do curso noturno do Colégio Pedro II - Unidade São Cristóvão, uma vez que os discentes não teriam sofrido prejuízo e, mesmo que houvesse algum gravame, envolveria somente direito individual disponível.

Sem contrarrazões.

Simultaneamente interposto recurso extraordinário, ambos os apelos foram admitidos, o que ensejou a subida dos autos a esta Corte.

Em parecer firmado pela Subprocuradora-Geral da República Dra. Maria Caetana Cintra Santos, o Ministério Público Federal opina pelo desacolhimento do especial (fls. 399-405).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Na origem, cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando a manutenção do curso de ensino médio no período noturno oferecido pelo Colégio Pedro II - Unidade São Cristóvão, o qual teria sido ilegalmente suprimido pelo Diretor da referida entidade educacional.

A sentença (fls. 278-282) extinguiu o feito sem resolução do mérito em função da suposta ilegitimidade ativa do *Parquet* Federal, orientação que foi posteriormente reformada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região em aresto assim motivado:

Alega o apelante:

a) que 'com a presente ação o autor busca exatamente (mas não apenas) a defesa de direitos difusos, no sentido de que o direito tutelado é o direito fundamental à educação, consubstanciado na garantia de manutenção do turno da noite no Colégio Pedro II Unidade São Cristóvão';

b) que 'no que concerne aos futuros alunos não matriculados, verifica-se, efetivamente, a existência de direito difuso a ser tutelado, pois o fato de existirem outros cursos noturnos em outras unidades de modo algum afasta a caracterização do direito difuso de futuros alunos';

c) que 'Primeiramente, não é garantida a existência de vagas para todos os futuros alunos, visto que a eliminação do curso noturno naquela unidade não implicou a abertura do mesmo quantitativo de novas vagas, todos os anos, em outras unidades. Observa-se, desta forma, uma diminuição quantitativa de vagas no curso noturno oferecido por aquela instituição de ensino, mas não em relação aos alunos já matriculados – visto que existe possibilidade de remanejamento, em que pesem os prejuízos concernentes à distância das demais unidades – e sim em relação a futuros alunos que poderiam ter a sua disposição o curso noturno';

d) que 'Além disso, as outras unidades daquela instituição de ensino não estão localizadas em regiões próximas à unidade de São Cristóvão, dificultando ou impossibilitando o acesso de possíveis futuros alunos daquela região à educação';

e) que 'Desta forma, é possível identificar que a manutenção do curso noturno naquela unidade não é questão afeta somente aos interesses dos

alunos já matriculados, mas de futuros alunos, coletividade impassível de ser individualizada ou identificada’;

f) que ‘Em que pese o entendimento do juízo *a quo* acerca da caracterização do direito aduzido na inicial como individual homogêneo, é importante destacar que além da tutela de direito difuso, é possível observar que a presente ação versa acerca de direitos notadamente coletivos em sentido estrito, no que se refere aos alunos já matriculados no turno da noite naquela unidade do Colégio Pedro II’;

g) que ‘Destarte, trata-se de direito transindividual de natureza indivisível titularizado por um grupo de pessoas ligadas com o Colégio Pedro II através de uma relação jurídica base (os alunos já matriculados nos cursos noturnos)’;

h) que ‘No que concerne à indivisibilidade do direito em tela, insta ressaltar que “deve ser analisada a partir dos objetos imediato e mediato do pedido formulado’.

Nesse ponto, é importante destacar que o pedido constante na presente ação civil pública se refere à:

1. condenação do réu a não extinguir o curso noturno na unidade São Cristóvão;

2. condenação do réu à obrigação de fazer consistente na abertura anual de concurso para ingressos de novos alunos no turno da noite da referida unidade.

Em resumo, a presente ação visa à manutenção do turno da noite na unidade São Cristóvão:

i) que “Analisando o pedido formulado, verifica-se que não se trata de justaposição de litígios menores, mas, na verdade, a procedência ou improcedência do pedido afetará necessariamente a coletividade e não estudantes individualmente considerados: o grupo de alunos já matriculados (direito coletivo em sentido estrito) e os futuros alunos (direito difuso)”.

j) que “Ressalte-se ser impossível que uma decisão referente à demanda de apenas um aluno matriculado no curso noturno daquela unidade produza efeitos somente em relação a ele, ou seja, a manutenção daquele turno somente para ele e a extinção para os demais alunos que não recorreram ao Poder Judiciário. Saliente-se que o pedido não se refere em nenhum momento ao ingresso de alunos no turno da noite, mas versa acerca de outra questão, que é a manutenção daquele turno”;

l) que “Note-se que a confusão entre as espécies de direito tutelado vem gerando sérios prejuízos à atuação do Ministério Público (...) Seguir a linha de raciocínio de que o objeto desta ação civil pública deve ser considerado direito individual homogêneo, com conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, implica sérias restrições ao acesso à justiça (...)”;

m) que “Na remota hipótese de entender-se que o objeto do processo versa sobre direitos individuais homogêneos, insta destacar que o Ministério Público possui legitimidade para defender tais direitos em juízo, pois não se pretendendo

proteger o direito de cada indivíduo, mas o conjunto desses indivíduos coletivamente considerado”;

n) que “Portanto, é inequívoco o cabimento da presente ação civil pública, eis que voltada para a tutela de um direito individual homogêneo, cuja tutela importa interesse social, eis que o direito à educação é direito social tutelado constitucionalmente”.

O que ora se perquire, portanto, é se a manutenção ou não do turno escolar noturno na unidade São Cristóvão do Colégio Pedro II constitui ‘direito individual homogêneo’, como entendeu o *decisum*, ou ‘direito coletivo e difuso’, como quer o Ministério Público Federal, ora apelante.

Por expressa determinação legal (art. 90 do CDC e art. 21 da Lei n. 7.347/1985), as definições legais de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, incisos I a III, do CDC) são aplicáveis a todas as situações em que é reclamado o exame desses conceitos e não apenas às lides de consumo. Com efeito:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Depreende-se, portanto, que estudar no turno da noite na Unidade São Cristóvão do Colégio Pedro II é um direito titularizável por qualquer atual ou futuro aluno de tal Unidade do Colégio Pedro II, que lá estude, ou venha a estudar, no turno noturno. Direito titularizável, destarte, por pessoas indeterminadas e indetermináveis, o que é o caso dos futuros alunos (direito difuso), e por pessoas determinadas, ou seja, por uma ‘classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base’, o que é o caso dos atuais alunos do turno noturno (direito coletivo).

Exsurge clara, outrossim, a sua ‘natureza indivisível’, na medida em que não podem ser compartilhados individualmente entre seus titulares, ou seja, atendido o direito de um aluno a estudar no turno noturno, será atendido o de todos. Desse modo, não se pode afirmar com precisão a quem pertencem, nem em

que medida quantitativa são compartilhados, o que por si só já afasta a sua caracterização como direito individual homogêneo, categoria em que o titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível.

Trata-se, pois, de direito coletivo e difuso, conforme a titularidade considerada, nos termos dos incisos I e II, do art. 81, da Lei n. 8.078/1990, o que atrai a legitimidade ativa do Ministério Público Federal, *in casu*, ex-vi do art. 1º, inciso V, da Lei n. 7.347/1985.

Pelo exposto, dou provimento à apelação e anulo a sentença recorrida.

É como voto (fls. 332-334).

Suscitando contrariedade aos arts. 81, parágrafo único, I, II e III, e 90 do Código de Defesa do Consumidor-CDC e aos arts. 1º, V, e 21 da Lei n. 7.347/1985, o recorrente defende a tese de que o Ministério Público Federal não detém legitimidade para ajuizar ação civil pública com o escopo de impedir o encerramento do curso noturno do Colégio Pedro II, uma vez que os discentes não teriam sofrido prejuízo e, mesmo que houvesse algum gravame, envolveria somente direito individual disponível.

Atendidos os requisitos de admissibilidade, conhecimento do recurso especial, passando a examinar o mérito da controvérsia.

A orientação adotada pela Corte de origem merece ser prestigiada, uma vez que os interesses envolvidos no litígio revestem-se da qualidade de coletivos e, por conseguinte, podem ser defendidos pelo Ministério Público em ação civil pública, cuja legitimidade ativa decorre expressamente do texto constitucional (art. 129, III, da Carta Magna).

Dito de outra maneira, a manutenção da oferta do curso noturno no Colégio Pedro II abrange “direitos transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” e direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, parágrafo único, II e I, do CDC).

Primeiro, destaco que a mais saliente diferenciação entre os direitos coletivos e os individuais homogêneos reside na divisibilidade do interesse, pois estes podem ser decompostos e possuem origem comum, *enquanto aqueles têm sua gênese na comunhão de uma relação jurídica básica e não são suscetíveis de segmentação*.

A corroborar esse posicionamento, trago à baila a lição de Hugo Nigro Mazzilli:

Por sua vez, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos têm também um ponto de contato: ambos reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis; contudo, distinguem-se quanto à divisibilidade do interesse: só os interesses individuais homogêneos são divisíveis, supondo uma origem comum.

Exemplifiquemos com uma ação coletiva que visa à nulificação de cláusula abusiva em contrato de adesão. No caso, a sentença de procedência não irá conferir um bem divisível aos integrantes do grupo lesado. O interesse em ver reconhecida a ilegalidade da cláusula é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma não quantificável e, portanto, indivisível: a ilegalidade da cláusula não será maior para quem tenha dois ou mais contratos em vez de apenas um: a ilegalidade será igual para todos eles (interesse coletivo, em sentido estrito) (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Editora Saraiva, 21ª ed., 2008, p. 55).

Em sede doutrinária, o eminente Ministro Teori Albino Zavascki adverte:

É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular individualmente determinado) e materialmente *indivisíveis*. Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja, embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. 'Direito coletivo' é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*. É denominação que atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. É direito que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo.

(...)

Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de *homogêneos* não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional *coletiva*, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos,

não é somente dos sujeitos, (que são indivíduos determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria. Não se trata, pois, de uma nova espécie de direito material. Os direitos transindividuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo (Processo Coletivo - Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2008, p. 38-40).

A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça prestigiou a orientação acima exposta na seguinte assentada:

Processual Civil. Ação coletiva. Cumulação de demandas. Nulidade de cláusula de instrumento de compra-e-venda de imóveis. Juros. Indenização dos consumidores que já aderiram aos referidos contratos. Obrigação de não-fazer da construtora. Proibição de fazer constar nos contratos futuros. Direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos. Ministério Público. Legitimidade. Doutrina. Jurisprudência. Recurso provido.

I - O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual (juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inseri-la nos contratos futuros, quando presente como de interesse social relevante a aquisição, por grupo de adquirentes, da casa própria que ostentam a condição das chamadas classes média e média baixa.

II - Como já assinalado anteriormente (REsp. n. 34.155-MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

III - Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica.

IV - Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo.

V - Embargos acolhidos (EREsp n. 141.491-SC, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 1º.08.2000).

Partindo dessa premissa, revela-se inequívoco que o direito à continuidade do curso noturno titularizado por um grupo de pessoas - alunos matriculados no estabelecimento de ensino - deriva de uma relação jurídica base com o Colégio Pedro II e não é passível de divisão, uma vez que a extinção desse turno acarretaria idêntico prejuízo a todos, mostrando-se completamente inviável sua quantificação individual.

Nesse raciocínio, mostra-se patente a inconsistência da tese recursal desenvolvida no sentido de que a querela diria respeito apenas direito individual disponível, pois, como bem percebido pela Corte de origem, “atendido o direito de um aluno a estudar no turno noturno, será atendido o de todos” (fl. 334), a par do efeito *ultra partes* que rege a extensão subjetiva do julgamento das ações dessa natureza, nos termos do art. 103, II, do Código de Defesa do Consumidor.

No mais, há que se considerar também os interesses daqueles que ainda não ingressaram no Colégio Pedro II e eventualmente podem ser atingidos pela extinção do curso noturno, ou seja, um grupo indeterminável de futuros alunos que titularizam direito difuso à manutenção desse turno de ensino.

Vai-se além: a orientação aqui adotada não decorre apenas de previsão legal genérica, haja vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece expressamente a legitimidade do Ministério Público para ingressar com ações fundadas em interesses coletivos ou difusos para garantir a oferta de ensino noturno regular adequado às condições do educando, o que confirma o acerto do aresto em tela.

A propósito:

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:

(...)

IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando

(...).

Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público

(...).

Ressalte-se que a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal vêm caminhando para reconhecer que o *Parquet* detém legitimidade

para discutir em juízo direitos indisponíveis – como no caso concreto –, inclusive na hipótese em que a ação se destine a tutelar pessoa individualmente considerada, a exemplo do seguinte precedente:

Recurso especial. Alíneas **a** e **c**. Ausência de similitude fática. Recurso conhecido apenas pela alínea **a**. Ação civil pública. Tratamento de saúde. Direito individual indisponível. Legitimação extraordinária do *Parquet*.

1. O recurso não deve ser conhecido pela alínea **c**, porquanto, na hipótese em questão, trouxe o recorrente como paradigmas julgados desta Corte que não possuem similitude fática com o caso dos autos.

2. O Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise tutelar pessoa individualmente considerada. (art. 127 da Constituição Federal/1988)

3. Busca-se, com efeito, tutelar os direitos à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput*; e 196 da Constituição em favor de pessoa carente de medicamento para tratamento de câncer. A legitimidade ativa afirma-se, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas por se tratar de interesses individuais indisponíveis.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido (REsp n. 913.356-RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJU 15.05.2007).

Ratificada a legitimidade do *Parquet* para a propositura dessa ação civil pública, devem os autos retornar à instância ordinária para que se dê prosseguimento ao feito.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso especial*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 943.858-SC (2007/0086522-9)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Dorival Gonzaga da Silva e outros

Advogado: Antônio Carlos Boabaid e outro(s)

Recorrido: Ministério Público Federal

Recorrido: União

Interes.: Município de Bombinhas
Advogado: Luzia Lourdes Coppi Mathias e outro
Interes.: Fatma - Fundação do Meio Ambiente
Procurador: Rode Anelia Martins e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. Inclusão do feito em pauta. Adiamento. Longo decurso do prazo. Posterior julgamento sem nova intimação. Nulidade. Arts. 234, 235, 236, § 1º, 552 do CPC.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. São devolvidas no recurso especial as questões relativas ao processamento do recurso junto ao Tribunal recorrido, desde que devidamente prequestionadas.

3. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que não se faz necessária nova publicação nos casos de adiamento de processo de pauta, desde que o novo julgamento ocorra em tempo razoável.

4. Hipótese em que o julgamento da apelação ocorreu 2 meses após o adiamento do feito, sem a intimação do patrono dos particulares, através de nova inclusão em pauta. Violação dos arts. 234, 235, e 236, § 1º, e 552 do CPC configurada.

5. Recurso especial provido, com a devolução dos autos ao Tribunal *a quo*, permitindo-se sustentação oral ao advogado da parte, através de nova inclusão do feito em pauta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto

Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Sustentação oral: Dr. Fabrício Gaertner, pela parte recorrente: Dorival Gonzaga da Silva.

Brasília (DF), 18 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 29.06.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto, com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do assim ementado (fl. 1.875):

Ocupação ilegal de área pública de preservação ambiental. Construção em terreno de marinha. Dano ao meio ambiente. Responsabilidade objetiva.

Ainda que regular o contrato de permuta que embasou o empreendimento imobiliário objeto da lide, comprovada a repercussão danosa ao meio-ambiente e a impossibilidade de manutenção do projeto sem a ocorrência de novos danos, é de ser demolida a edificação e procedida à recuperação ambiental necessária a restabelecer o equilíbrio natural.

Tratando-se de dano ambiental a lei define como sendo objetiva a responsabilidade (Lei n. 6.938/1981, art. 14, § 1º).

O recorrente, além de apontar divergência jurisprudencial, sustenta que houve negativa de vigência aos arts. 234, 235, 236, § 1º, 535, II, e 552 do CPC e ao art. 6º, §§ 1º e 2º, da LICC. Defende que ocorreu nulidade, face a ausência de intimação do patrono dos recorrentes a respeito da data da realização da sessão de julgamento da apelação. No mérito, afirma que a construção embargada foi autorizada anteriormente à edição da Lei n. 9.636/1998 e ao art. 18 do Decreto n. 3.725/2001.

Contra-razões às fls. 2.005-2.023, subindo os autos após a admissão do especial (fl. 2.045).

Nesta instância pronunciou-se o Ministério Público pelo não-conhecimento do recurso especial quanto ao alegado dissídio pretoriano, e pelo não-provimento nos demais pontos (fls. 2.051-2.054).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Preliminarmente, afastado a alegada contrariedade ao art. 535, II, do CPC, tendo em vista que o Tribunal de origem decidiu, fundamentadamente, as questões essenciais à solução da controvérsia, consoante se observa no acórdão de fls. 1.862-1.875.

No nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se apenas que a decisão seja fundamentada, aplicando o julgador ao caso concreto a solução por ele considerada pertinente, segundo o princípio do livre convencimento fundamentado, positivado no art. 131 do CPC.

Ademais, no caso presente, os recorrentes limitaram-se a indicar violação genérica ao dispositivo do Código de Processo Civil, sem mencionar, com clareza e objetividade, em que consistiria o vício apontado.

Portanto, incide na espécie, com propriedade, o teor da Súmula n. 284-STF, porque deficiente está a fundamentação do recurso neste ponto.

Ultrapassada essa questão e prequestionados, ainda que implicitamente, os arts. 234, 235, 236, § 1º, e 552 do CPC, passo à análise da tese em torno do suposto cerceamento de defesa ocorrido na instância de origem, por ocasião do julgamento da apelação interposta pelos ora recorrentes.

É bom destacar que as questões relativas ao processamento dos recursos na instância ordinária são devolvidas a esta Corte no recurso especial, desde que devidamente prequestionadas, cabendo à parte interessada, se necessário for, provocar o pronunciamento do Tribunal recorrido a respeito do tema, através da interposição de embargos de declaração, como ocorreu na hipótese dos autos.

Portanto, pode esta Corte analisar as peças dos autos para verificar, no caso concreto, a obediência à legislação regente no processamento do recurso no Tribunal *a quo*, o que faço nesta oportunidade.

Da análise dos autos, destacam-se os seguintes andamentos da apelação perante a Corte recorrida:

a) inclusão na pauta de 07.07.2004 e adiamento do julgamento, a pedido do patrono dos particulares (certidão de fl. 1.859 e petição de fl. 1.831); e

b) julgamento na sessão de 22.09.2004, que resultou no improvimento dos apelos da Fundação do Meio Ambiente – Fatma e de Dorival Gonzaga da Silva e outros, sem ter ocorrido sustentação oral dos advogados.

Verifica-se, assim, que da inclusão em pauta, em 07.07.2004, quando houve o adiamento do julgamento – a pedido do advogado dos particulares –, até o efetivo julgamento, sem nova publicação oficial, em 22.09.2004, decorreram quase dois meses, sendo impossível ao causídico prever a sessão exata na qual seria decidido o processo que representava.

Destaco que o órgão colegiado competente para apreciar a apelação em questão (4ª Turma do TRF da 4ª Região) se reúne às quarta-feiras do mês.

Assim, apenas a título demonstrativo, entre a data da pauta de 07.07.2004 e o efetivo julgamento transcorreram cerca de 10 sessões de julgamento desse órgão julgador, o que dificulta, sobremaneira, ao causídico prever a sessão exata na qual seria decidido o processo que representava.

Ademais, a questão de mérito dos autos relaciona-se intimamente com os aspectos fáticos e probatórios da demanda, e não apenas com matéria de direito, evidenciando-se, assim, a necessidade da sustentação oral.

Diferentemente seria se, adiado o julgamento a pedido da parte, o processo fosse julgado na primeira sessão subsequente, como é praxe ocorrer nos Tribunais, mormente quando a extensa pauta não permite, às vezes, o julgamento de todos os recursos. Ou mesmo na 3ª sessão de julgamento seguinte, como acontece nesta Corte Superior. Contudo, não é razoável deduzir, na hipótese dos autos, que caberia ao advogado acompanhar dez sessões de julgamento no Tribunal *a quo*.

Conclui-se, portanto, que houve violação não somente ao art. 552 do CPC, mas também aos arts. 234, 235, e 236, § 1º, do mesmo diploma legal, devendo, portanto, ser anulado o julgamento.

Nesse sentido cito precedentes:

Ação popular. Processo incluído em pauta. Adiamento do feito. Longo decurso de prazo. Necessidade de nova publicação quando do efetivo julgamento.

1. Este Tribunal tem entendimento de que na hipótese de adiamento de processo de pauta não se faz necessária nova publicação, *desde que o novo julgamento ocorra em razoável lapso temporal*.

2. *In casu*, restou constatado o adiamento do feito inicialmente previsto para julgamento em 20.05.2003. Contudo, o efetivo julgamento apenas realizou-

se após sete meses, sem nova publicação, de forma a cercear o direito dos recorrentes e impedir, inclusive, a sustentação oral.

3. Evidenciado o prejuízo do recorrente, pela não-publicação da pauta de julgamento em que se incluía o processo adiando, necessária a anulação do julgamento, para que outro seja proferido, com respeito ao devido processo legal.

Embargos de divergência providos.

(REsp n. 474.475-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 14.03.2007, DJ 26.03.2007 p. 184, grifei).

Processual Civil. Ação rescisória. Art. 489 do CPC. Antecipação dos efeitos da tutela. *Fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Presença cumulativa. Deferimento.

1. Esta Corte já pacificou o entendimento de que é possível a antecipação da tutela em Ação Rescisória para suspender os efeitos do acórdão rescindendo, quando presentes cumulativamente seus requisitos autorizadores.

2. *Hipótese em que, decorridos aproximadamente 5 (cinco) meses da inclusão do processo em pauta, o Recurso Especial foi julgado e parcialmente provido sem que tivesse sido novamente pautado, subtraindo da parte a possibilidade de sustentar oralmente. Tal fato caracteriza grave violação dos princípios da ampla defesa e do due process of law, evidenciando o fumus boni iuris quanto à ofensa aos arts. 552 e 565 do CPC.*

3. Por outro lado, o *periculum in mora* consiste no fato, admitido pela ré, de que a contribuinte estaria cedendo seus créditos a terceiros.

4. Pedido de antecipação dos efeitos da tutela deferido para suspender a execução do acórdão rescindendo até julgamento final da Ação Rescisória.

(AR n. 4.031-RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 24.09.2008, DJe 26.09.2008, grifei).

Processual Civil. Processamento do recurso na instância ordinária. Julgamento adiado por lapso considerável de tempo. Posterior julgamento sem nova intimação. Nulidade. Arts. 236, § 1º, 552 e 565 do CPC.

1. São devolvidas no recurso especial as questões relativas ao processamento do recurso junto ao Tribunal recorrido, desde que devidamente prequestionadas.

2. *Viola os arts. 236, § 1º, 552 e 565 do CPC o julgamento de autos, adiado por lapso considerável de tempo, sem a intimação do patrono da empresa, através de nova inclusão em pauta.*

3. Recurso especial provido, com a devolução dos autos ao Tribunal *a quo*, oportunizando-se sustentação oral ao advogado da parte, através de nova inclusão do feito em pauta.

(REsp n. 415.027-PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.06.2004, DJ 13.09.2004 p. 195, grifei).

Recurso especial. Processo Civil. Art. 552 do CPC. Adiamento automático. Desnecessidade de nova publicação. Novo dia de julgamento. Prazo razoável.

1. O entendimento desta Corte Superior já se firmou pela desnecessidade de nova publicação da pauta, quando de seu adiamento automático, como se observa na espécie;

2. Realizado o julgamento *na terceira sessão após aquela em que originariamente deveria ter ocorrido*, não se há falar, à luz do princípio da razoabilidade, em imposição ao advogado de um dever de comparecer a todas as sessões a serem realizadas pelo órgão julgador, mormente quando uma simples diligência junto ao Gabinete do Desembargador-Relator já seria suficiente para afastar eventuais incertezas quanto à data da apreciação do feito;

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 692.506-MT, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 07.12.2006, DJ 05.02.2007 p. 243, grifei).

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para nova inclusão em pauta de julgamento, permitindo-se, ao patrono dos recorrentes, a sustentação oral.

Fica prejudicada a análise dos demais pontos meritórios do apelo nobre.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.053.778-RS (2008/0085668-8)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Brasil Telecom S/A

Advogado: Ricardo Lacaz Martins e outro(s)

Recorrido: Milton Leão Barcellos e outros

Advogado: Cláudio Petrini Belmonte e outro(s)

EMENTA

Processual Civil, Administrativo e Tributário. Violação do art. 535 do CPC. Deficiência na fundamentação. Cobrança do PIS e

da Cofins na fatura telefônica. Ilegitimidade da Anatel. Acréscimo na tarifa. Ausência de previsão legal. Prática abusiva configurada. CDC. Ofensa. Juros de mora. Inaplicabilidade do art. 167 do CTN. Natureza não-tributária.

1. Não se conhece do recurso em relação à ofensa ao art. 535, II, do CPC quando a parte deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 284-STF.

2. A Anatel não tem legitimidade para figurar em ação que visa à devolução de valores acrescidos na fatura telefônica a título de repasse de PIS e Cofins.

3. É indevido o repasse do PIS e da Cofins na fatura telefônica, por ausência de expressa e inequívoca previsão na lei.

4. *Tarifa líquida* é aquela que exclui os impostos e contribuições incidentes na operação individualmente considerada.

5. O PIS e a Cofins, nos termos da legislação tributária em vigor, não incidem sobre a operação individualizada de cada consumidor, mas sobre o *faturamento global* da empresa.

6. O fato de as receitas obtidas com a prestação do serviço integrarem a base de cálculo dessas contribuições – faturamento mensal – não pode ser confundido com a incidência desses tributos sobre cada uma das operações realizadas pela empresa.

7. Essas receitas também compõem a base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social Sobre o Lucro, já que, após as deduções legais, constituirão o lucro da empresa. Nem por isso se defende que a parcela do IRPJ e da CSLL relativa a uma determinada prestação de serviço seja adicionada ao valor da tarifa.

8. Somente o ICMS, por expressa disposição legal, deve ser objeto de destaque e cobrança na fatura, repassando-se diretamente o ônus ao assinante.

9. O repasse indevido do PIS e da Cofins na fatura telefônica configura “prática abusiva” das concessionárias, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, pois viola os princípios da boa-fé objetiva e da transparência, valendo-se da “fraqueza ou ignorância do consumidor” (art. 39, IV, do CDC).

10. O acréscimo indevido na tarifa não tem natureza tributária, ainda que a concessionária afirme que se trata de mero repasse de tributos. Inaplicabilidade do art. 167 do CTN.

11. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentação oral: Dr. Alexandre Siciliano Borges, pela parte recorrente: Brasil Telecom S/A.

Brasília (DF), 09 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 30.09.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

Apelação cível. Serviço público. Telefonia. Tarifa. Natureza paratributária. Incidências diretas do PIS e da Cofins sobre o preço dos serviços. Pedidos de exclusão e de restituição em dobro.

1. Incidências diretas do PIS e da Cofins sobre o preço dos serviços de telefonia.

A telefonia é **serviço público**. Portanto, a concessionária está sujeita ao princípio da legalidade (CF, art. 37, *caput*); logo, não havendo previsão legal autorizadora da **incidência direta**, ou **repasse jurídico**, das alíquotas do **Programa de Integração Social – PIS**, e da **Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins**, sobre o preço dos serviços de telefonia, a concessionária não pode fazê-lo. Ademais, se a legislação pertinente estabelece como **contribuinte** a pessoa jurídica prestadora dos serviços, como **fato gerador** o faturamento ou receita

bruta e como **base de cálculo** o valor do faturamento ou receita bruta, observadas as exclusões previstas na lei (Lei n. 10.637/2002, art. 1º; Lei n. 10.833/2003), tal proceder subverte o sistema, pois: **(a) contribuinte** passa a ser o consumidor, e não o fornecedor; **(b) fato gerador** passa a ser a prestação do serviço, e não o faturamento ou receita bruta da concessionária; e **(c) base de cálculo** passa a ser o valor do serviço, e não o valor do faturamento ou receita bruta da concessionária.

2. Restituição.

2.1 – Afirmado ser indevido o **repasso jurídico** ou **incidência direta**, resulta que deve ser restituído tudo quanto foi do consumidor cobrado (CC/1916, art. 964; CC/2002, art. 876).

2.2 - Todavia, descabe a devolução em dobro, com base no art. 42 do CDC, dispositivo inspirado na legislação civil comum (CC/1916, no art. 1.531; CC/2002, art. 940), sendo aplicável, dessarte, a Súmula n. 159 do STF, pela qual não é devida a restituição em dobro quando a demanda por dívida já paga não ocorre por má-fé. Embora a hipótese envolva relação de consumo, de natureza especial (serviço público), não é devida a restituição em dobro, visto caracterizada a excludente do **engano justificável** prevista no final do art. 42 do CDC, podendo assim ser qualificado o proceder da concessionária, seja pelo fato de, em tese, haver chancela da Anatel, seja pelo fato de, igualmente em tese, não ser indevida a cobrança, apenas que não como **incidência direta** ou **repasso jurídico**, e sim **indireta** ou **repasso econômico**.

3. Correção monetária.

Incide atualização monetária pelo IGP-M desde cada cobrança indevida, visto que apenas repõe o capital.

4. Juros moratórios.

Incidem juros moratórios de 1% ao mês (CC/2002, art. 406), a partir da citação. Não se aplica a Súmula n. 54 do STJ, pois não diz com ato ilícito baseado em responsabilidade aquiliana, e tampouco se pode falar em juros a partir do trânsito em julgado (CTN, art. 167, parágrafo único), pois não diz com tributo típico.

5. Sucumbência.

Tendo a parte autora, requerido, como primeira opção, em pedidos sucessivos, restituição em dobro, e levando a apenas simples, sucumbe em 50%, tanto em custas quanto em honorários advocatícios, os quais, anulando-se reciprocamente pela compensação (STJ, Súmula n. 306), dispensam fixação.

6. Apelação provida em parte.

A recorrente alega violação do art. 535 do CPC e do art. 167 do CTN. Aponta, ainda, dissídio jurisprudencial quanto à legitimidade da inclusão da Anatel no pólo passivo da demanda e quanto à legalidade da repercussão econômica do ônus financeiro do PIS e da Cofins.

Contra-razões às fls. 842-863.

O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem.

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Trata-se de demanda de consumidor de telefonia fixa, litígio individual na forma, mas de essência e contorno coletivos, por afetar milhões de consumidores em todo o país. Embora a empresa-ré, neste caso, seja a Brasil Telecom, há notícias de que a prática invalidada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é adotada por outras concessionárias de telefonia fixa.

1. Da violação do art. 535 do CPC

A recorrente sustenta que o art. 535, II, do CPC foi violado, mas não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assevera apenas ter oposto Embargos de Declaração, no Tribunal *a quo*, para fins de prequestionamento, mas não demonstra a relevância dos dispositivos invocados para o julgamento do feito.

Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula n. 284-STF. Cito precedentes:

(...)

1. Deve o recorrente, ao apontar violação do art. 535 do CPC, indicar com precisão e clareza os artigos e as teses sobre os quais o Tribunal de origem teria sido omissor, sob pena de aplicação da Súmula n. 284-STF.

(...)

(AgRg no Ag n. 990.431-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJ 26.05.2008 p. 1)

(...)

1. Meras alegações genéricas quanto às prefaciais de afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil não bastam à abertura da via especial pela alínea **a** do permissivo constitucional, a teor da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

(...)

(REsp n. 906.058-SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 27.02.2007, DJ 09.03.2007, p. 311).

2. Da legitimidade da Anatel

O Tribunal de origem assim decidiu a questão (fls. 661-662):

1.1 – *Desnecessidade da presença da Anatel no pólo passivo. Competência da Justiça Estadual.* Não é necessário trazer ao processo a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, autarquia federal, provocando, por conseguinte, o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Embora a Agência tenha homologado a tarifa de telefone abrigando a questionada ilegalidade – e por aí a alegação de que ela deve integrar o pólo passivo – na realidade ela nada tem a fazer nem defender no processo, uma vez que, por um lado, não será de qualquer modo atingida por eventual decisão favorável à parte demandante, e, por outro, não há co-responsabilidade com a concessionária.

Com efeito, esta Câmara já deliberou no AI n. 70.016.052.169, do qual fui relator, resultando a seguinte ementa: “Agravos de instrumento Repasse dos PIS e da Cofins pela concessionária do serviço de telefonia às contas dos consumidores. Pedido de restituição. Desnecessidade da presença da Anatel no processo porque, tendo, ou não, autorizado o repasse, não há co-responsabilidade, isso pelo simples fato de que a base de cálculo de tais exações não é a receita dela, e sim da concessionária, que portanto é a contribuinte. Quer dizer, não há como a concessionária transferir o encargo à Agência Reguladora. Por conseguinte, a competência para processar e julgar o pedido é da Justiça Estadual. Agravo desprovido.”

Conforme salientei no voto, **contribuinte**, seja do Programa de Integração Social – PIS, seja da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, é a concessionária do serviço de telefonia; logo, se ela repassou (embutiu) na tarifa os próprios percentuais das alíquotas, vale dizer, praticou **incidência indireta**, e isso não podia ocorrer, quem deve excluir a cobrança e restituir é exclusivamente ela, concessionária. Desimporta que tenha a Anatel homologado a tarifa contendo a incidência direta de tais contribuições sobre o preço do serviço.

Saliento, para evitar confusão, que esse entendimento não vai de encontro ao que foi deliberado no AI n. 70.012.734.174, do qual igualmente fui relator, reconhecendo a necessidade de a mencionada autarquia integrar o pólo passivo, pois dizia respeito a assinatura básica do serviço de telefonia.

O STJ, em questão similar – **aumento de tarifa** – afirmou a **independência das relações jurídicas**, sendo uma envolvendo a agência reguladora/concessionária, e outra a concessionária/consumidor, *verbis*: “Processo Civil e Administrativo. Litisconsórcio. Ação civil pública contra aumento de tarifa telefônica. Intervenção da Anatel. 1. Na relação de direito material, a empresa prestadora de serviço relaciona-se com a agência reguladora e uma outra relação trava-se entre a

prestadora de serviço e os consumidores. 2. No conflito gerado na relação entre as prestadoras do serviço e os consumidores, não há interesse da agência reguladora, senão um interesse prático que não a qualifica como litisconsorte necessária. 3. Inexistindo litisconsórcio necessário, não há deslocamento da ação para a Justiça Federal.” (REsp. n. 431.606-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 30.09.2002).

Em essência, repete-se o episódio com a tarifa de energia elétrica e o congelamento geral de preços instituído pelo Plano Cruzado, em 1986. O então Dnaee, hoje Aneel, autorizou reajuste e as concessionárias cobraram. O Judiciário mandou devolver parte (fevereiro a novembro/1986), sem necessidade de a Agência Reguladora figurar nos processos. *Mutatis mutandis*, é o caso, agora, com a inclusão do PIS e da Cofins na tarifa de telefone.

Mesmo que tenha a Anatel homologado, não quer dizer seja co-responsável, isso pelo simples fato de que a base de cálculo não é a receita dela, Anatel, e sim da concessionária, que é a contribuinte. Não há, pois, como a concessionária transferir ou dividir o encargo com Agência Reguladora, tanto assim que o proveito da vantagem indevida foi exclusivo daquela.

Diferente seria se, na hipótese de ser devido o repasse, o tivesse a Anatel vetado, não tendo agora a concessionária como recuperar o prejuízo face aos consumidores. Mas tal não é o caso.

Finalmente, se o repasse é ilegal, entenda-se, **incidência direta**, também chamado **repasse jurídico**, vale dizer, com base em norma legal autorizadora, a concessionária não pode opor, face ao usuário do serviço, a exceção de quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e conseqüentemente descabe argüir a matéria neste processo. Caso tal ocorrer, deve articular pedido administrativo face à Agência Reguladora, e, sendo o caso, inclusive em juízo, para fins de **incidência indireta**, também chamado **repasse econômico**, vale dizer, recálculo da tarifa para fins de anular o impacto do custo sobre o contrato.

Como bem assentado no acórdão recorrido, a solução dada ao presente caso deve ser a mesma consagrada pelo STJ ao analisar a legitimidade da Anatel nas demandas que discutiam a legalidade da cobrança de assinatura básica.

Com efeito, parece inafastável a conclusão de que em ambas as hipóteses a Anatel expediu normas regulamentares sobre o tema, mas a possível declaração de ilegalidade (da cobrança da assinatura básica ou da repercussão do PIS e da Cofins) não afetaria diretamente sua esfera jurídica.

Desse modo, conforme decidiu o STJ em relação ao primeiro caso, a Anatel não deve integrar a demanda. Nesse sentido:

Recurso especial. Processo Civil e Direito Administrativo. Legitimidade passiva *ad causam*. Anatel. Litisconsórcio: inexistência. Precedentes das Turmas de Direito Público.

1. A Primeira e a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça uniformizaram o entendimento, em relação ao qual saí vencida, no sentido de que a Anatel não tem interesse jurídico para figurar no pólo passivo das demandas envolvendo a legalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica de telefonia, tendo em vista que a repercussão da declaração de ilegalidade da cobrança não produz efeitos em sua “órbita jurídica” (REsp n. 792.641-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Relator para acórdão Min. Luiz Fux, julg. em 21.02.2006, publ. no DJ de 20.03.2006, p. 210).

2. Recurso especial provido.

(REsp n. 893.782-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 18.03.2008, DJ 03.04.2008 p. 1)

3. *A prática comercial impugnada: repasse direto e mensal ao consumidor-assinante do ônus do PIS e da Cofins*

Discute-se no presente processo a legalidade de prática adotada pelas concessionárias de serviço público de telefonia fixa, que repassam ao consumidor o ônus referente ao PIS e à Cofins.

De acordo com a petição inicial (fl. 4):

(...) os aludidos encargos eram e ainda estão sendo cobrados, incluídos e englobados no preço do serviço anunciado e cobrado de forma não destacada na nota fiscal, fatura ou conta telefônica dos Autores. Tal fato pode ser constatado por meio de simples cálculos com base nas tabelas de preços da Empresa Demandada, constantes no seu próprio *site* na *internet*.

Os autores requerem (fls. 30-31):

(...) seja, ao final, julgada procedente a presente demanda para condenar a Ré a não mais repassar o PIS e a Cofins aos Autores, bem como à repetição do indébito, em dobro (...) de todos os valores indevidamente pagos pelos Autores, desde o início de seus respectivos contratos ou da prestação dos serviços com a Demandada, valores estes correspondentes aos encargos PIS e Cofins, incluídos e englobados no preço do serviço anunciado e cobrado de forma destacada, ou não, na nota fiscal, fatura ou conta telefônica dos Autores.

A questão é complexa e envolve incursão no Direito Tributário (momento de ocorrência do fato gerador e sujeição passiva), no Direito Administrativo (legalidade do repasse ao usuário/consumidor dos valores devidos pela

concessionária a título de PIS e Cofins) e no Direito do Consumidor (princípio da transparência e princípio da boa-fé objetiva).

Passo a analisar cada um desses aspectos em tópicos separados.

3.1 Aspectos de Direito Tributário

Nesse ponto, o acórdão recorrido colaciona outro voto proferido por aquele Tribunal de Justiça (Apelação Cível n. 70.014.576.516, Relator Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano), ressaltando que o fato gerador do PIS e da Cofins é o faturamento ou a receita bruta mensal da pessoa jurídica, não se podendo considerar cada operação ou prestação de forma isolada. Destaco trecho do voto:

(...)

Assim, PIS e Cofins não podem ser confundidos com ICMS e IPI, tanto em relação a seus fatos geradores como com relação as suas bases de cálculo e suas sistemáticas de cobrança.

O fato gerador do PIS e da Cofins, como é admitido pela ré, não é a prestação do serviço, e a base de cálculo respectiva não é o valor ou preço do serviço ou tarifa.

Ao contrário, o fato gerador é o faturamento como sinônimo da receita bruta, e a base de cálculo é o valor do faturamento como receita bruta que inclui, como acentuado, outras receitas extra-operacionais, além daquela estritamente operacional decorrente das tarifas cobradas dos consumidores.

(...)

E assim é porque não há qualquer dispositivo da legislação pertinente que determine que o tributo incida diretamente sobre o preço do serviço ou tarifa, individualmente, prestação a prestação, usuário a usuário, conta a conta. Essas duas contribuições, como já aludido, são muito diferentes, e não se confundem com o ICMS.

E pela mesma ordem de razões também não há qualquer disposição da legislação que determine a cobrança do usuário-consumidor na fatura da conta respectiva, como a ré arbitrariamente entendeu de proceder.

Em razão disso o PIS e a Cofins somente podem integrar o preço das tarifas compondo os seus custos, proporcionalmente, segundo o grau de participação na formação do preço, de modo que o repasse seja somente o econômico, mas jamais o jurídico.

Em face do sistema jurídico vigente, e das disposições constitucionais e legais em vigor, portanto, o repasse do PIS e da Cofins somente pode ser o econômico, e nunca o repasse jurídico.

Enfim, eminentes colegas, o *repasso jurídico* ou *incidência direta*, isto é, das próprias alíquotas do PIS e da Cofins sobre o valor pago a título de tarifa de telefone, além de não autorizado legalmente, incorre em tríple equívoco: *(a) contribuinte* passa a ser o consumidor, e não o fornecedor; *(b) fato gerador* passa a ser a prestação do serviço, e não o faturamento ou receita bruta da concessionária; e *(c) base de cálculo* passa a ser o valor do serviço, e não o valor do faturamento ou receita bruta da concessionária, a qual, conforme bem salientado pelo eminente Des. Cassiano, abrange tanto a receita operacional (decorrente das tarifas), quanto as não-operacionais, observadas as exclusões previstas no art. 1º, § 3º, da Lei n. 10.637/2002, relativamente ao PIS, e no art. 1º, § 3º, da Lei n. 10.833/2003, relativamente à Cofins.

No âmbito do Direito Tributário, devem ser examinados os pontos fixados pela instância de origem: há indevida alteração na sujeição passiva tributária, no fato gerador (ou no momento de sua ocorrência) e na base de cálculo dessas contribuições?

Como visto, o acórdão recorrido concluiu que a adição do PIS e da Cofins à tarifa de telefonia altera, de forma indevida, a relação jurídica tributária, tendo em vista que:

(a) contribuinte passa a ser o consumidor, e não o fornecedor; *(b) fato gerador* passa a ser a prestação do serviço, e não o faturamento ou receita bruta da concessionária; e *(c) base de cálculo* passa a ser o valor do serviço, e não o valor do faturamento ou receita bruta da concessionária, a qual, conforme bem salientado pelo eminente Des. Cassiano, abrange tanto a receita operacional (decorrente das tarifas), quanto as não-operacionais, observadas as exclusões previstas no art. 1º, § 3º, da Lei n. 10.637/2002, relativamente ao PIS, e no art. 1º, § 3º, da Lei n. 10.833/2003, relativamente à Cofins.

Entendo que a inclusão do PIS e da Cofins na fatura (conta telefônica) não tem o condão de modificar a sujeição passiva tributária. O usuário é tão-somente contribuinte de fato, já que suporta o ônus financeiro, permanecendo a concessionária como contribuinte de direito. Note-se que esse fenômeno ocorre no ICMS e que não há, em relação a este imposto, discussão quanto à sujeição passiva.

Forçoso reconhecer, contudo, que o fato gerador e a base de cálculo do PIS e da Cofins não guardam correspondência direta e imediata com a cobrança (repasso) feita pela concessionária. Como bem salientado no acórdão recorrido, *essas contribuições não são devidas no momento da prestação do serviço, nem têm como base de cálculo o valor de cada serviço*. As prestações recebidas pela concessionária

por força de cada contrato juntam-se a outras receitas na composição de seu *faturamento mensal*, verdadeira base de cálculo das indigitadas contribuições.

Transcrevo os dispositivos legais pertinentes:

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o *faturamento mensal*, assim entendido o *total das receitas auferidas* pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil (Lei n. 10.637/2002, grifei).

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - *Cofins*, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o *faturamento mensal*, assim entendido o *total das receitas auferidas* pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil (Lei n. 10.833/2003, grifei).

Daí se infere que o usuário não paga, propriamente, o PIS e a Cofins devidos sobre determinada operação (conta telefônica), já que esses tributos não incidem diretamente sobre a prestação do serviço.

No mesmo sentido, vale transcrever trecho das razões da Brasil Telecom, no Recurso Especial (fl. 723):

Ressalte-se que a recorrente não efetua o repasse direto da contribuição ao PIS e da Cofins aos consumidores finais, tal qual ocorre com o ICMS, não havendo que se falar em repercussão jurídica de tais contribuições, *mas apenas de repercussão econômica*, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico. *Aliás, a repercussão econômica dos tributos incidentes sobre a cadeia produtiva é inerente à atividade empresarial, como forma de se obter lucro.*

Ora, não há como se negar que todos os tributos constituem custo que serão levados em consideração na composição do preço final, com exceção do ICMS e do IPI que serão suportados diretamente pelo consumidor final, sendo simplesmente transferidos no preço.

De fato, os tributos diretos que são suportados pela empresa, contribuinte de fato e de direito, englobam os custos que serão levados em consideração na composição do preço final, sob pena de se anular o lucro da empresa e inviabilizar a prestação do serviço.

A esse fenômeno de repasse do custo tributário dá-se o nome de ***repercussão econômica*** que é estudada pelas Ciências Econômicas, que não se confunde com a repercussão jurídica dos tributos.

De fato, não há repercussão jurídica da contribuição ao PIS e da Cofins no presente caso, mas apenas repercussão econômica.

Isso porque referidas contribuições incidem sobre o faturamento da Recorrente, assim entendido como a sua receita bruta.

Até esse ponto parece-me que a questão não traz maiores problemas em relação ao Direito Tributário: a concessionária é o sujeito passivo, o fato gerador é mensal e a base de cálculo é o faturamento.

Concluindo-se que o usuário não paga diretamente o tributo, deve-se indagar sobre a natureza desta prestação.

Como visto, todas as receitas auferidas pelas pessoas jurídicas em virtude da venda de mercadorias ou serviços integram seu faturamento e, conseqüentemente, a base de cálculo do PIS e da Cofins (exceção feita às exclusões legalmente previstas). Desse modo, ao incluir o valor correspondente a essas contribuições na fatura do serviço, a concessionária repassa ao consumidor o custo desses tributos, que serão recolhidos depois da apuração do faturamento mensal.

O que o usuário paga, na verdade, é uma prestação que visa a fazer frente aos ônus financeiros que serão suportados pela concessionária com o pagamento de tributos relacionados, de forma apenas mediata, à prestação do serviço. Nessa linha, têm-se que os valores recebidos pela concessionária constituem preço pelo serviço. Como tal, devem ser considerados remuneração da concessionária (receita que comporá seu faturamento e, desse modo, a base de cálculo do PIS e da Cofins por ela devidos).

Deve-se perquirir, portanto, se é legítimo o repasse de tais valores aos usuários, adicionando-os à tarifa legal e contratualmente estabelecida. É o que o Tribunal de origem chamou de “repasse jurídico ou incidência direta”.

Como afirma a própria Brasil Telecom “não há como se negar que todos os tributos constituem custo que serão levados em consideração na composição do preço final, com exceção do ICMS e do IPI que serão suportados diretamente pelo consumidor final, sendo simplesmente transferidos no preço”.

De fato, o consumidor arca *indiretamente* com os ônus decorrentes, p.ex., do IPTU pago pela concessionária sobre os imóveis de sua propriedade ou da Contribuição Previdenciária relativa a seus empregados. Contudo, esses tributos (exceção ao ICMS) não são cobrados na fatura telefônica como acréscimos, pelo que a “repercussão econômica” se reflete na composição da própria tarifa estipulada para o serviço.

Resta, então, examinar se há previsão legal para que o PIS e a Cofins sejam acrescidos ao valor da tarifa. Aqui estamos no terreno do Direito Administrativo, já que a questão diz respeito à política tarifária.

3.2 Aspectos de Direito Administrativo

A recorrente argumenta que “a Anatel homologa as tarifas líquidas a serem praticadas pelas empresas de telefonia, ou seja, antes da inclusão dos tributos” e que “não há outra forma de calcular os tributos incidentes na operação senão através da recomposição da receita bruta advinda das prestações de serviços de telecomunicações” (fl. 729).

Abstraindo-se por um momento os óbices tributários intransponíveis, acima indicados, a prática comercial em questão enfrenta, por igual, problemas no campo da legalidade: as razões do Recurso Especial não apontam nenhuma norma jurídica - legal ou infralegal - que autorize, *expressa e inequivocamente*, a cobrança adicional do PIS/Cofins, no período tarifário em questão.

Não pode prosperar o argumento de que a tarifa homologada pela Anatel é “líquida”, pelo que excluiria os impostos e contribuições sociais “incidentes na operação”. A uma porque, repise-se, a recorrente não apontou norma legal capaz de fundamentar sua pretensão. A duas porque, ainda que houvesse autorização da Anatel nesse sentido, o PIS e a Cofins não incidem sobre cada operação individualizada!

Assim, a agência reguladora não poderia, por simples ato administrativo, alterar a sistemática de cálculo e cobrança desses tributos, fixada por lei. Os poderes da Anatel são muitos, variados e necessários - todos a ela atribuídos pelo legislador de 1997 com o único desiderato de bem proteger a concorrência leal e o consumidor -, mas não a capacitam para mudar a natureza dos tributos existentes no Brasil, nem para retorcer sua base de incidência ou forma de cobrança.

O fato de as receitas obtidas com a prestação do serviço integrarem a base de cálculo dessas contribuições (= faturamento mensal) não pode ser confundido com a incidência desses tributos sobre *cada uma das operações individuais* realizadas pela recorrente. Ora, esses valores também integram a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, já que, após as deduções legais, constituirão o lucro da empresa. Nem por isso a Brasil Telecom defende que a parcela de Imposto de Renda e de Contribuição Social Sobre o Lucro relativa a uma prestação determinada de serviço seja adicionada ao valor da tarifa.

Como ressaltado pela própria concessionária, somente o ICMS, por expressa disposição legal, deve ser objeto de destaque e cobrança na fatura, repassando-se diretamente o ônus ao assinante.

Parece-me, portanto, que estamos diante de outro argumento inafastável contra o repasse do PIS e da Cofins na conta telefônica: *a ausência – e, mais relevante, a impossibilidade – de previsão regulamentar, pela via de ato administrativo da Anatel.*

3.3 Aspectos de Direito do Consumidor

Se é certo que toda empresa embute em seu preço o repasse econômico dos custos com o pagamento de tributos, não é menos certo que, no caso do serviço público de telefonia, o preço cobrado do consumidor não é fixado pela empresa, a seu alvedrio. Com efeito, a fixação, o reajuste e a revisão das tarifas dependem de expressa e inequívoca autorização da Anatel, que estabelece a estrutura tarifária lastreada no corpo e espírito da Lei n. 9.472/1997 (art. 103), bem como no sistema tributário em vigor.

Ademais, a adoção da prática comercial de englobar no valor da tarifa o repasse do PIS e da Cofins viola o disposto no art. 3º, IV, da LGT, que consagra o direito do usuário à informação adequada:

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

(...)

IV - à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços;

Com efeito, a concessionária, segundo suas próprias palavras, nem sequer discrimina na conta telefônica esse *verdadeiro adicional* à tarifa legalmente estabelecida, impedindo, assim, que o assinante tenha acesso à relevante informação: a de que está diretamente suportando (sem previsão legal) o ônus financeiro do PIS e da Cofins devidos pela prestadora.

Essa prática das concessionárias é *abusiva* (art. 39, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor) na mais ampla extensão possível do termo: viola de uma só vez os microssistemas da legislação tributária, administrativa, de telecomunicações e de proteção do consumidor. Sem falar que, em operações massificadas desta natureza, especialmente no trato com os chamados sujeitos-profanos – na hipótese, milhões de consumidores não “iniciados” em complexas transações e operações técnicas, comerciais, financeiras ou tributárias –, o fornecedor é sempre tentado (embora muitos, imbuídos de responsabilidade social, resistam) a utilizar a filosofia do “se colar, colou”, valendo-se exatamente da “fraqueza ou ignorância do consumidor” (art. 39, IV, do CDC). Realmente, quantos consumidores se dão conta de uma diferença de poucos reais em

sua conta telefônica? Ou, entre aqueles que chegam a descobrir a ilegalidade, quantos se dispõem a levar avante um processo judicial como este, considerando-se todos os óbices formais e informais ao acesso à justiça no Brasil?

A técnica do “se colar, colou” é a antítese dos princípios da boa-fé objetiva e da transparência, que integram a linha de frente do Direito do Consumidor. Pior ainda quando tal técnica perversa se manifesta na composição ou preço, não de produtos e serviços de consumo valiosos, que são mais propensos a controle atento e efetivo pelo consumidor, mas de microoperações multiplicadas por milhões de vezes, individualmente irrelevantes ou insignificantes (pelo prisma da vítima), mas, quando agregadas, extraordinariamente importantes e lucrativas (na ótica do fornecedor).

Por tudo isso, também no campo do Direito do Consumidor, conclui-se que é indevida a cobrança do PIS e da Cofins na fatura telefônica.

4. Dos juros

Em relação aos juros de mora, a recorrente alega que deve ser aplicado o disposto no art. 167, parágrafo único, do CTN. Sustenta, em síntese (fl. 731):

a contribuição ao PIS e a Cofins, cuja restituição pretendem os Recorridos têm natureza tributária, não há como se sustentar a aplicação de juros de mora a partir da data da citação.

A norma legal supostamente violada disciplina a devolução de valores indevidamente pagos a título de tributo - repetição de indébito tributário. De acordo com a definição legal, “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

No caso sob análise, é evidente a ausência dos requisitos legais para que se possa considerar que a cobrança indevida tinha natureza tributária, sendo certo que não decorria de lei e não era “cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Ademais, a concessionária não pode ser considerada, sob nenhum ângulo, sujeito ativo da relação tributária.

Assim, é certo que não se está diante de repetição de indébito tributário. Como visto, o repasse dos custos futuros com o pagamento de PIS e Cofins feito pela requerente aos usuários caracteriza-se como adicional à tarifa (cuja cobrança não tem respaldo legal). Dessa forma, é inviável a aplicação do art. 167 do CTN.

4. Conclusão

Constatada a ilegalidade do repasse do PIS e da Cofins na fatura telefônica, não há como prosperar o apelo nobre.

Diante do exposto, *nego provimento ao Recurso Especial*.

É como *voto*.