

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
ESPECIAL N. 147.339 – SP**

(Registro n. 97.0062989-9)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Agravantes: Mário Savedra Durão e outro
Advogado: Salvador Bello
Agravada: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Marcelo Roberto Borowski e outros

EMENTA: Processual Civil – Honorários – Reexame de prova – Súmula n. 7-STJ.

– Em se tratando de causa que tenha sido vencida a Fazenda Pública, os honorários devem obedecer à apreciação eqüitativa do juiz, de acordo com a dicção do § 4º do art. 20 do CPC.

– A apreciação dos critérios utilizados pelo magistrado para fixar os honorários advocatícios encontra o óbice insculpido na Súmula n. 7 desta colenda Corte.

– Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 7 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 26.3.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto

por Mário Savedra Durão e outro, contra a decisão que negou seguimento ao recurso do Agravante.

Naquela decisão, entendi pela impossibilidade de apreciação da questão em apreço, qual seja, a fixação da verba de honorários em face do primado da Súmula n. 7 desta Corte.

Preliminarmente, alega preclusão, porquanto, a questão relativa à impossibilidade da apreciação do recurso em face da Súmula n. 7, já teria sido discutida por ocasião do agravo de instrumento do despacho que denegou o recurso especial, tendo decidido o Relator anterior reconsiderar a decisão que negou provimento ao agravo, para determinar a conversão do agravo em recurso especial (fl. 106).

No mérito, assevera que o valor arbitrado (R\$ 800,00) é muito inferior ao devido, ou seja, 0,001% do valor da causa, havendo infringência ao § 3º do art. 20 do CPC.

Pede, portanto, a reforma do **decisum**.

É o relatório.

VOTO

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

Inicialmente, afasto a preliminar de preclusão, porquanto a simples decisão para converter o agravo de instrumento em recurso especial, não torna preclusa a questão objeto do mesmo.

No mérito, tenho que em se tratando de causa que tenha sido vencida a Fazenda Pública, os honorários devem obedecer à apreciação equitativa do juiz, de acordo com a dicção do § 4º do art. 20 do CPC.

Para o exame acima citado, visando à fixação dos honorários, o magistrado se utiliza dos seguintes critérios: “grau de zelo do profissional”; “o lugar da prestação do serviço” e, “a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”.

Como adentrar nesta seara sem reexaminar o conjunto probatório integrante dos autos?

Não vejo como apreciar esta questão sem esbarrar no óbice insculpido na Súmula n. 7 desta colenda Corte.

No mesmo sentido, transcrevo ementa do seguinte julgado, **verbis**:

“Tributário. Repetição de indébito. Imposto de renda. Parcelas indenizatórias. Férias. Abonos-assiduidade e licença-prêmio. Não-incidência. Prescrição quinquenal. Verba honorária. Equidade. Súmula n. 7-STJ. Dissídio jurisprudencial não caracterizado.

A regra geral é a de que o prazo prescricional de cinco anos, para que o contribuinte pleiteie a restituição, tenha seu início por ocasião da extinção do crédito tributário, que, no caso, ocorreu quando da retenção na fonte do imposto de renda sobre as importâncias pagas aos recorrentes.

Vencida a Fazenda Pública, a verba honorária pode ser fixada em percentual inferior àquele mínimo indicado no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, a teor do que dispõe o § 4º do citado artigo, porquanto referido dispositivo processual não faz qualquer referência ao limite a que deve se restringir o julgador quando do arbitramento.

Precedentes.

Recurso especial não conhecido. Decisão unânime.” (REsp n. 250.204-DF, Relator Ministro Franciulli Netto, DJU de 11.9.2000, p. 246).

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

Isto posto, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 198.635 – MG

(Registro n. 98.0093280-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Fratezzi Gonçalves Finelli Engenharia e Construções Ltda
(massa falida)

Advogados: Benedito Antônio Dinis Leite e outros
Agravada: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais
Advogados: Francisco de Assis V. Barros e outros

EMENTA: Agravo regimental – ICMS – Falência – Multa – Exclusão – Ausência de prequestionamento – Embargos de declaração – Omissão não suprida – Necessidade de argüição de ofensa ao art. 535 do CPC.

Nega-se provimento ao agravo regimental, em face das razões que sustentam a decisão recorrida, sendo certo que, se a matéria relativa à decretação de falência não foi objeto de debate pelo v. aresto hostilizado e, embora opostos embargos de declaração para suprir a omissão e ventilar a questão federal, os mesmos foram rejeitados, de acordo com a iterativa jurisprudência deste Tribunal, deveria ser interposto o recurso especial por ofensa ao art. 535, II, do CPC, ou seja, contra a omissão verificada, e não para discutir a matéria que se pretendia prequestionar, sob pena de supressão de instância.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 7 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 26.3.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto por Fratezzi Gonçalves Finelli Engenharia e Construções Ltda –

massa falida, contra decisão que proferi negando seguimento ao recurso especial em epígrafe, à míngua do necessário prequestionamento.

Sustenta a Agravante, em termos sucintos, que a questão relativa à decretação de falência foi levantada no primeiro momento em que teve oportunidade, portanto, não há que se falar em falta de prequestionamento, devendo ser afastada a aplicação da multa, sob pena de violação ao art. 23 da Lei de Falências. Pede, portanto, a reconsideração do **decisum**.

Em mesa, para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Em que pese os esforços expendidos pela Agravante, tenho que o presente agravo não merece provimento, em face das razões que sustentam o despacho recorrido.

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

“Trata-se de recurso especial interposto por Fratezzi Gonçalves Finelli Engenharia e Construções Ltda – massa falida, com fundamento no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, contra acórdão da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que considerou válida a cobrança de ICMS, bem como a aplicação de multa sobre as mercadorias transportadas pela empresa ora recorrente, ao argumento de que estariam desacompanhadas de documentação fiscal hábil.

Argumenta a Recorrente, em síntese, que o v. acórdão hostilizado negou vigência aos arts. 1^º, I, do Decreto-Lei n. 406/1968; 114 do CTN; 23, parágrafo único, III, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, bem como entrou em testilha com as Súmulas n. 166-STJ e 565-STF. Pondera que o fato gerador do ICMS não teria ocorrido, pois a simples remessa, de seu estabelecimento, de mercadorias destinadas ao seu canteiro de obras no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro não configura hipótese de incidência do aludido imposto. Finalmente, aduz que a decretação da falência afastaria a aplicação das penas pecuniárias aplicadas.

Inadmitido o recurso, subiram os autos a esta egrégia Corte por força do provimento dado ao agravo de instrumento, então interposto.

Instado, o douto Ministério Público Federal, ao emitir seu parecer, assim se pronunciou, **verbis**:

‘O recurso especial não reúne os pressupostos de conhecimento.

Verifica-se que as razões recursais, além de não terem abordado o fundamento do acórdão, qual seja, a ausência de documentação fiscal hábil no transporte de mercadorias, têm como aspecto basilar a suposta contradição nele espelhada, ao ignorar a hipótese de não-incidência tributária e o estado de insolvência da empresa.

Opostos embargos declaratórios, contemplados na sistemática processual para o fim de esclarecer aspectos obscuros ou díspares do **decisum**, foram rejeitados. A Recorrente, todavia, não alegou violação ao art. 535 do CPC, sendo impossível suprir a contradição através desta via.

Quanto aos demais dispositivos, ora invocados, sabido é que, em sede especial, não se aprecia tema jurídico não prequestionado. A admissão do recurso exige que os preceitos normativos que consubstanciam sua causa de pedir tenham sido discutidos e julgados na instância **a quo**, o que não ocorreu na hipótese.

Finalmente, o alegado dissídio jurisprudencial não foi demonstrado analiticamente, sendo insuficiente, a tanto, a mera transcrição de súmulas.

Inadmissível, portanto, a iniciativa.’ (fls. 548/549).

Tenho como escorreita a manifestação supratranscrita, a qual adoto como razão de decidir, posto que assente com a jurisprudência deste Tribunal.

Com efeito, verifica-se que a decisão hostilizada reputou válida a cobrança do ICMS, bem assim a aplicação da multa sobre as mercadorias transportadas, por estarem desacompanhadas da documentação fiscal, portanto, a discussão não envolve qualquer aspecto determinante da incidência ou não do ICMS. Destarte, embora opostos embargos de declaração para suprir a omissão e ventilar a questão federal, os mesmos foram rejeitados. Assim, de acordo com a iterativa jurisprudência deste Tribunal, deveria ser interposto o recurso especial

por ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, ou seja, contra a contradição verificada e não para discutir a matéria que se pretendia prequestionar.

Da mesma forma, conforme salientou o v. despacho que inadmitiu o processamento do apelo, ‘quanto ao dissídio, menciona a Recorrente os enunciados n. 166 da Súmula do STJ e 565 da Súmula do STF. Com relação às mesmas, há mera referência aos verbetes, com o intuito de ver alcançada pelo princípio sumulado a hipótese dos autos, o que é incabível. Já decidiu o STJ que ‘a divergência com princípio sumulado há de ser em relação ao que nele estiver disposto, e não quanto ao que virtualmente nele se contenha’ (REsp n. 1.691-SP, Rel. Min. Nilson Naves, RSTJ 12/313).’ O conflito sumular, portanto, ‘há de ser frontal, objetivo, não sendo admissível interpretar-se o enunciado da súmula editada’ (REsp n. 4.356-GO, Rel. Min. Barros Monteiro, RT 671/192).’

Isto posto, com fulcro no art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil, *nego* seguimento ao presente recurso especial.

Publique-se.” (fls. 553/554).

Como visto, ao contrário do que alegou a Agravante, verifica-se que a matéria relativa à decretação de falência não foi objeto de debate pelo v. aresto hostilizado e, embora opostos embargos de declaração para suprir a omissão e ventilar a questão federal, estes foram rejeitados. Assim, de acordo com a iterativa jurisprudência deste Tribunal, deveria ser interposto o recurso especial por ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, ou seja, contra a omissão verificada e não para discutir a matéria que se pretendia prequestionar, sob pena de supressão de instância. Portanto, incide, na espécie, a Súmula n. 211 deste Tribunal.

Neste sentido, confirmam-se, entre outros, os seguintes precedentes:

“Processual Civil. Recurso especial. Pquestionamento. Embargos de declaração (art. 535, I e II, CPC). Necessidade de ‘causa decidida’ (art. 105, III, CF). Súmula n. 211-STJ.

1. Sem a interpretação e aplicação dos padrões legais apontados como malferidos, a respeito, inexistente ‘causa decidida’ (art. 105, III, CF), desafeiçoa-se o requisito do prequestionamento.

2. Interpostos os embargos declaratórios e permanecendo incompleto o julgado, impõe-se a argüição de ofensa ao artigo 535, I e II, CPC. A falta atrai a aplicação da Súmula n. 211-STJ.

3. Recurso não conhecido.” (REsp n. 148.946-MG, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 16.11.1999).

“Agravamento regimental. Não-demonstração da ocorrência do prequestionamento dos preceitos legais acusados de violados. Aresto que, de fato, baseou-se nas provas constantes dos autos na formação de seu convencimento. Incidência das Súmulas n. 7-STJ e 282 e 356 do STF que se confirma. Agravo desprovido.

1. Não basta que os preceitos legais tidos por violados sejam suscitados na apelação, é necessário que o acórdão sobre eles emita juízo de valor para que se configure o prequestionamento. Se o aresto não se pronunciou sobre a lei federal, cabe a oposição de embargos de declaração para que seja suprida a omissão e, se o julgador insistir no silêncio, deve a parte-interessada interpor o recurso especial alegando negativa de vigência ao artigo 535 do Código de Processo Civil (Súmulas n. 282 e 356-STF).

2. **In casu**, o decisório recorrido fundamentou, indubitavelmente, o seu convencimento nos fatos constantes dos autos, atraindo a incidência da Súmula n. 7-STJ.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 239.996-RJ, Rel. Ministro José Delgado, DJ de 6.12.1999).

“Processo Civil. Recurso especial. Exigência de prequestionamento. Se, a despeito da oposição dos embargos de declaração, o Tribunal **a quo** omitiu o exame de questões essenciais ao desate da lide, o recurso especial deveria tê-lo atacado à base do artigo 535, II, do Código de Processo Civil, nos termos da Súmula n. 211 do Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl no Ag n. 160.713-RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, DJ de 4.10.1999).

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

Isto posto, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS
DE DECLARAÇÃO NO RECURSO
ESPECIAL N. 256.395 – PB**

(Registro n. 2000.0039869-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Agravante: Luiz Walter Cirne Ramalho
Advogados: Bruno Romero Pedrosa Monteiro e outros
Agravado: Município de Bananeiras
Procuradores: Walter de Agra Júnior e outros

EMENTA: Recurso especial – Agravo regimental – Embargos de declaração – Decisão monocrática – Cabimento – Julgamento – Competência do Relator.

No julgamento do EREsp n. 159.317-DF, pela Corte Especial, restou assentado neste Tribunal Superior o entendimento de que os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer decisão judicial, dando interpretação extensiva ao art. 535 do Código de Processo Civil, que abarca apenas as expressões “sentença” e “acórdão”, sendo, pois, de se recebê-los em face de decisão monocrática proferida por Relator.

Uma vez cabíveis contra decisão monocrática proferida por Relator, não tendo o órgão colegiado prolatado a decisão, não há se falar em aplicação, *in casu*, do art. 264 do RISTJ, cabendo ao Relator da decisão monocrática apreciar os embargos de declaração. Esta a lógica do sistema processual brasileiro.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e José Delgado. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Garcia Vieira e Milton Luiz Pereira. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 23 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Francisco Falcão, Relator.

Publicado no DJ de 11.12.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental contra decisão que proferi nos Embargos de Declaração no REsp n. 256.395-PB, dele acolhendo com excepcionais efeitos modificativos, porquanto ao julgar o apelo baseei-me em premissa falsa, qual seja: ser residencial imóvel penhorado, o que, em verdade, não ficou assentado no acórdão **a quo**, que manteve sentença afastando a argumentação da impenhorabilidade do bem, justamente, por falta de comprovação.

Sustenta o Agravante que nos termos do Regimento Interno deste egrégio Tribunal, não é possível ao Relator julgar monocraticamente embargos de declaração, que devem, a teor do disposto no art. 264, ser levados à consideração do órgão colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): No julgamento do EREsp n. 159.317-DF, pela Corte Especial, restou assentado neste Tribunal Superior o entendimento de que os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer decisão judicial, dando interpretação extensiva ao art. 535 do Código de Processo Civil, que abarca apenas as expressões “sentença” e “acórdão”, sendo, pois, de se recebê-los em face de decisão monocrática proferida por Relator.

Uma vez cabíveis contra decisão monocrática proferida por Relator, não há que se falar em obrigatoriedade de se levar os declaratórios à apreciação do órgão colegiado, eis que sendo a função deste recurso o aprimoramento da decisão judicial, quando nela existente contradição, omissão, obscuridade ou erro material, o dever de aprimorá-la é de quem a elaborou.

Destarte, não tendo o órgão colegiado prolatado a decisão, inaplicável,

in casu, o art. 264 do RISTJ, cabendo ao Relator da decisão monocrática apreciar os embargos de declaração. Esta a lógica do sistema processual brasileiro.

Tais as razões expendidas, *nego provimento* ao agravo.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 197.921 – DF

(Registro n. 98.0090641-0)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Recorrente: Banco Central do Brasil
Advogados: Erasto Villa Verde de Carvalho Filho e outros
Recorrida: Comind – Participações S/A
Advogados: Lauro Franco Leitão e outros
Sustentação oral: Luiz Ribeiro de Andrade (pelo recorrente) e Alberto Rocha Azevedo Júnior (pela recorrida)

EMENTA: Processual Civil – Ação rescisória – Depósito em ação de consignação em pagamento – Insuficiência do depósito – Violação de literal disposição da lei – Erro de fato – Honorários advocatícios – Percentual – CPC, artigos 20, § 4º; 128, 131, 183, 302, I, parágrafo único; 219, § 5º; 267, § 1º; 293, 294, 301, IV; 319, 320, II; 351, 473, 485, § 1º, e IX, § 2º; 535, II; 896, V, e 897 – Código Civil, artigos 972 e 974 – Lei n. 6.899/1981 (art. 1º).

1. A despeito da duplicidade de recursos, grampeado o primeiro à parte unânime do julgado e o outro à composição oferecida nos embargos infringentes (art. 530, CPC), em linha de princípios, o sistema processual não repudia as prédicas recursais.

2. Desenvolvida fundamentação bastante para a compreensão dos motivos afivelados ao convencimento e fonte da conclusão, mostra-se despicienda a exaustão de todas as razões postas, não se consubstanciando ofensa ao artigo 535, II, CPC. Deveras, vezes a basto tem sido exaltado que a finalidade da jurisdição é compor a

lide e não a discussão exaustiva em torno de padrões legais e de todos os enunciados do contraditório. Demais, privativamente, incumbe ao julgador estabelecer as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto, atividade excluída da vontade dos litigantes.

3. Sucedendo-se os recursos, no caso, não há anteparo à “coisa julgada”. Pontuado o assunto da “insuficiência do depósito”, ignorada a necessidade da correção monetária para integralização do depósito, a quitação não poderia basear-se em pagamento insuficiente. Na dimensão, pois, dos registros processuais, verificando que o depósito não foi integral, o seu acolhimento teve vertência em *erro* verificável na via de simples valoração de comprovação escrita.

Viandante, à palma do *erro*, em parte ou no todo, decorreu “violação de lei” (arts. 972 e 974 do CC e art. 1º, Lei n. 6.899/1981).

4. As autarquias, quanto aos honorários advocatícios, são beneficiárias das disposições contidas no artigo 20, § 4º, CPC.

5. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, acompanhando os votos dos Srs. Ministros-Relator e Garcia Vieira, *conhecer do recurso e dar provimento parcial*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, nesta assembléa, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 5 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Em ação rescisória, o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região constituiu aresto, resumido na seguinte ementa:

“Processo Civil. Ação rescisória. Inocorrência de violação literal. Disposição de lei e de erro de fato. Verba honorária. Fixação em percentual na hipótese do § 4º do art. 20 do CPC.

I – Não há violação a literal disposição de lei (arts. 972 e 974 do Código Civil, e 896, inciso IV, do Código de Processo Civil), nem erro de fato na decisão que dá como suficiente, para efeito de pagamento do tributo, o depósito feito em ação de consignação em pagamento, se não foi alegada nem discutida a falta de correção monetária e de incidência de juros do período entre a data da propositura da ação e a data do efetivo depósito.

II – O § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não proíbe a fixação dos honorários advocatícios em percentual.” (fl. 418).

Foram interpostos embargos de declaração que restaram rejeitados, nos termos do aresto assim ementado:

“Processo Civil. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Omissão inexistente. Embargos de declaração rejeitados.” (fl. 441).

Seguiram-se os embargos infringentes e o recurso especial (art. 105, III, a e c, da CF), neste visando à reforma do julgado porque:

“I) o art. 485, IX, § 1º, do Código de Processo Civil, ao julgar improcedente a rescisória, apesar de o r. acórdão rescindendo estar fundado em erro de fato, pois admitiu fato inexistente, qual seja, que o depósito efetuado na consignatória era integral;

II) o art. 485, IX, § 2º, do Código de Processo Civil, ao julgar improcedente a rescisória sob a alegação de que o Banco Central não suscitou a controvérsia acerca do fato sobre o qual ocorreu o erro. Na verdade, segundo o referido § 2º, exatamente porque não houve controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato, cabe ação rescisória com base no inciso IX do art. 485.

III) o art. 1º da Lei n. 6.899/1981, ao afirmar que a ação

consignatória não poderia ter sido julgada improcedente porque o Banco Central não suscitou a questão relativa à correção monetária. De acordo com a jurisprudência acerca do aludido dispositivo legal, ao contrário do que consta do acórdão recorrido, a correção monetária é devida ainda que não postulada;

IV) os arts. 302, I, parágrafo único; 319, 320, II; 351 e 897 do Código de Processo Civil, ao considerar aplicável contra a Fazenda Pública a presunção de veracidade dos fatos não impugnados;

V) os arts. 131, 302, 319, 320 e 897 do Código de Processo Civil, ao adotar entendimento segundo o qual a presunção de veracidade seria absoluta, afirmando que a consignatória não poderia ter sido julgada improcedente, diante da omissão da defesa do Banco Central, conquanto manifesta a insuficiência do depósito;

VI) a iterativa interpretação jurisprudencial acerca dos mencionados dispositivos legais, como será analiticamente demonstrado.” (fls. 512/513).

O colendo Tribunal Regional Federal – 1ª Região – julgando os embargos infringentes em ação rescisória, assentou o entendimento, conforme sumariado:

“Processual Civil. Ação rescisória.

1. Ação rescisória não é instância revisional. Nela, não se discute a justiça ou injustiça da decisão rescindenda.

2. Se o Judiciário, através da sentença transitada em julgado, disse que a coisa depositada era a devida, não se pode falar em violação a literal disposição de lei ou erro de fato.

3. Embargos rejeitados.” (fl. 605).

Embargos de declaração rejeitados com esta resenha:

“Embargos de declaração. Embargos infringentes. Pontos de divergência apreciados e julgados.

1. Antes de concluir que os fundamentos dos embargos infringentes em ação rescisória não devem comprometer a decisão transitada em julgado em ação de consignação em pagamento, o acórdão apreciou todos os pontos divergentes.

2. Embargos rejeitados.” (fl. 629).

Contra os vv. arestos, o Banco Central do Brasil interpôs recurso especial, fundado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, à razão de negativa de vigência aos artigos 485, inciso V, “em face da literal violação aos arts. 972 e 974 do Código Civil, uma vez que a obrigação não foi extinta, em razão da insuficiência do depósito; e 896, IV, do Código de Processo Civil, que impõe a improcedência da consignatória quando o depósito não é integral”; e 535, inciso II, do Código de Processo Civil. Aduz dissídio jurisprudencial.

Em síntese, objetivando reforma do aresto, entende que houve omissão na prestação jurisdicional, insuficiência do depósito, por faltar a inclusão, no valor depositado, dos juros contratuais e da correção monetária, referentes ao período compreendido entre a data do ajuizamento da consignatória e a do efetivo depósito, e quanto aos honorários de sucumbência.

Nas contra-razões, no tocante à alegada negativa de vigência ao artigo 535 do CPC, o Recorrido alega que não houve o necessário prequestionamento e não ocorreu a omissão alegada, decidindo o aresto “nos precisos termos da litiscontestação”, descabendo ser aditado.

Disse ainda que:

“Como se observou no preâmbulo da presente contrariedade, em se tratando de recurso especial contra acórdão que julgou ação rescisória, o cabimento, pela alínea a do permissivo constitucional, há de demonstrar-se mediante imputação, ao juízo, positivo ou negativo, de rescisão de negativa de vigência à lei federal.

Inidôneas, portanto, para franquear acesso à via impugnativa excepcional, alegações de ofensa à legislação nacional pela decisão rescindenda. Fora diferente, e não haveria distinção alguma entre ação rescisória e recurso especial, o que constitui clamorosa absurdez, já que ambos têm cabimento e limites cognitivos totalmente distintos. É o que proclama, com constância, a jurisprudência, notadamente a do egrégio Superior Tribunal de Justiça.”

Omissis

“A questão da suficiência do depósito pertence, a toda evidência, ao julgado que se pretendeu, sem êxito, rescindir. É o que, nada obstante todos os esforços desenvolvidos pelo Recorrente, para ocultar a evidência, desponta de suas manifestações à fl. 649.” (fls. 717/739).

Ressaltou que a pretensão do Recorrente envolve “questões de fato

esgotadas na instância de origem, de impossível apreciação nas restritas dimensões da ação rescisória.”

Por último, quanto aos honorários advocatícios, disse que “o pretendido reexame do arbitramento envolve apreciação de questões de fato, cumprindo esclarecer que: (I) foi, originariamente, concedida, no percentual que veio a prevalecer, em favor do próprio Banco Central do Brasil pela decisão de primeiro lugar, sem interposição de qualquer recurso; o venerando aresto alvo da pretensão rescisória limitou-se a inverter os encargos do sucumbimento; (II) está dentro dos limites impostos pelo artigo 20 do Código de Processo Civil Brasileiro; (III) guarda proporção com o substancial conteúdo econômico do litígio”.

O ínclito Presidente do Tribunal de origem admitiu ambos os recursos em decisão assim fundamentada:

“Primeiramente, no que tange à alegada omissão do julgado impugnado (CPC, art. 535, inc. II), por meio do apelo especialmente deduzido, cumpre-me destacar que não se pode confundir decisão contrária aos interesses da parte com negativa de prestação jurisdicional.

Sendo assim, o juiz pode decidir a causa por fundamentos outros que não aqueles apresentados pela parte, desde que confira à lide adequada e legal solução. Não se pode exigir do juiz prolixidade, porém, necessário, ao ato judicial, é o conteúdo (REsp n. 1.219-RJ, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ/I de 18.12.1989). Inviável, pois, a súplica por este prisma, por não restar configurada qualquer lesão, na hipótese, ao artigo processual invocado.

No que se refere aos honorários advocatícios (CPC, art. 20, § 4º), penso que a súplica também não merece seguimento, eis que a questão jurídica, tal como abordada na petição recursal, restringiu-se à apreciação equitativa pelo Colegiado dos elementos da causa, para determinar o percentual devido de verba honorária. Assim, por se tratar de matéria fática, condicionada à apreciação de prova, incide na espécie o veto da Súmula n. 7 do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à alegada violação aos artigos 131, 319, 351 e 897, todos do Código de Processo Civil, o recurso também não merece trânsito, eis que o Recorrente, nesta Instância recursal, sustenta a negativa de vigência aos aludidos dispositivos legais, sem, contudo, ter havido manifestação do órgão julgador sobre a questão neles disciplinada.

Assim, não demonstra o Recorrente, e nem poderia fazê-lo, pela manifesta ausência de prequestionamento, em que medida a decisão

atacada teria negado vigência aos dispositivos da legislação infraconstitucional pertinente à matéria debatida nos autos. Daí, a deficiência na interposição, a atrair o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do colendo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, no que se refere à afronta ao disposto no parágrafo único do inciso I, e no **caput** do artigo 302, e ao inciso II do artigo 320 do Código de Processo Civil, verifica-se que a matéria foi exaustivamente discutida pelo Colegiado, que decidiu no sentido de que ‘A questão da insuficiência do depósito em face da não-correção do valor contado na inicial, quando da sua efetivação, não foi posta em juízo. Conseqüentemente, não poderia ser apreciada e decidida’ (cf. fl. 397), sustentando que ‘O Banco Central contestou o pedido em longas vinte e uma folhas e se esqueceu de se manifestar sobre a correção do depósito’ (cf. fl. 397).

Neste ponto, em princípio, poderia parecer que para a apreciação da alegada infringência ao artigo 302 do Código de Processo Civil, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, vedado, como se sabe, pela Súmula n. 7 do egrégio Superior Tribunal de Justiça. Todavia, como bem ressaltou o Recorrente, ‘... a decisão hostilizada admitiu, expressamente, que o depósito não era integral’ (cf. fl. 647), restando consignado, quando do julgamento dos embargos infringentes, que, ‘Em verdade, houve uma falha. O Banco Central está levando um prejuízo. Por quê? Porque, entre a data da propositura da ação e a data do efetivo depósito da consignatória, não houve a correção monetária. Num período de inflação muito alta, isto tem, realmente, repercussão’ (cf. fl. 593).

Ultrapassado, portanto, o óbice da referida Súmula n. 7-STJ, penso que a questão está a merecer a manifestação da Corte **ad quem**, eis que a falta de impugnação específica, por parte do Banco Central, quanto à não-integralidade do depósito na consignatória, por se tratar de direito indisponível, é matéria de índole infraconstitucional (CPC, art. 320, inc. II, c.c. art. 302, inc. I), sendo que, como bem demonstrou o Recorrente, a decisão impugnada diverge do entendimento jurisprudencial do extinto Tribunal Federal de Recursos (cf. RTFR 121/137) e do Supremo Tribunal Federal, quando na vigência da Constituição Federal, de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, ainda detinha competência para apreciar, mediante recurso extraordinário – art. 119, inc. III, **a** – as causas decididas em única ou última instância por

outros tribunais, quando a decisão recorrida contrariava dispositivo constitucional ou negava vigência a tratado ou lei federal (cf. RTJ 84/613).

No que tange à alegada afronta ao artigo 1^a da Lei n. 6.899, de 8 de abril de 1981, penso que o tema também foi discutido na assentada, na medida em que restou consignado, em um dos votos-vencidos, que era ‘... obrigação da empresa-devedora fazer o depósito integral, pois ofertara a coisa, que pressupunha integralidade. A não-discussão do tema pelo Banco Central não seria impeditivo de um pronunciamento da Turma, por cuidar-se de pedido implícito, e mesmo de direito indisponível.’ (cf. fl. 41). Desta forma, o entendimento majoritário divergiu, portanto, de decisão exarada no sentido de que ‘A correção monetária é devida **ex vi legis**, independentemente de pedido expresse’ (cf. RT 613/165), o que possibilita o conhecimento do apelo especialmente manifestado pela alínea c do permissivo constitucional.

Com relação à existência do alegado erro de fato, que resultaria em afronta ao disposto no inciso IX do artigo 485 do Código de Processo Civil, a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, pacificou o entendimento de que ‘Para que se tenha erro de fato como gerador de ação rescisória, é necessária a conjunção de três fatores: a) o erro ter sido causa eficiente do desvio que resultou em nulidade; b) a demonstração do erro deve ser feita somente com peças que instruíram o processo; c) não ter havido discussão em torno do fato sobre o qual incidiu o erro’ (Ação Rescisória n. 434-DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, in DJ de 30.10.1995). Assim, verificados ‘... os três requisitos de incidência do artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil, o pedido de rescisão de acórdão deve ser recebido como procedente’ (JSTJ – LEX 79/52).

Desta forma, sustenta o Recorrente que os três pressupostos acima referidos estão presentes na hipótese vertente, na medida em que: ‘a) ao não perceber que o depósito feito pela devedora não incluiu a correção monetária nem os juros referentes ao período compreendido entre a data do ajuizamento da consignatória e o dia em que foi efetuado, o acórdão rescindendo considerou quitada a dívida, apesar de ser insuficiente a quantia depositada; b) basta compulsar os autos da consignatória para verificar que o documento de fl. 85, o referido ‘termo de depósito em ação de consignação em pagamento’, datado de

5.3.1990, comprova que o valor depositado foi atualizado somente até a data da propositura da ação, 30.1.1990; e c) não houve controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre esse fato (CPC, art. 485, IX, § 2º), como se verifica da conclusão do voto da ilustre Juíza-Relatora' (cf. fls. 518/519).

In casu, em se tratando de recurso especial interposto, também, pela alínea **a** do permissivo constitucional, tem-se – conforme leciona **Nelson Luiz Pinto**, in Recurso Especial para o STJ – Teoria Geral e Admissibilidade, 2ª edição, Editora Malheiros, p. 120 –, que o presidente do Tribunal **a quo**, no exercício do juízo primeiro de admissibilidade 'deve examinar a plausibilidade da alegação do Recorrente, fazendo uma análise da alegada ofensa à lei federal semelhante àquela que o juiz realiza para a constatação da existência do **fumus boni iuris** do processo cautelar, não podendo ingressar propriamente no mérito do recurso, ou seja, realizar uma investigação exauriente a respeito de ter havido ou não ofensa ao Direito federal'.

Adotando essa linha de conduta, não se pode negar a plausibilidade das alegações do Recorrente, contrastando-as com a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, que, em situação análoga, entendeu, repito, que estando presentes '... os três requisitos de incidência do artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil, o pedido de rescisão do acórdão deve ser recebido como procedente' (JSTJ – LEX 79/52), razão pela qual, a meu sentir, a matéria **sub examine** está a merecer a manifestação da Corte **ad quem**, que tem a missão constitucional de dar a última palavra em matéria legal.

Quanto à alegação, por parte do Recorrente, de afronta ao disposto no inciso V do artigo 485 da Lei Instrumental, na medida em que, não sendo o depósito integral, a consignatória não poderia ter sido julgada procedente pelo Colegiado **a quo**, sob pena de violação ao disposto no artigo 972 do Código Civil, eis que a coisa devida não foi consignada judicialmente em sua integralidade, não extinguindo, por conseqüência, a obrigação, penso que, no tópico, também não se pode negar a plausibilidade das razões expostas no apelo especialmente deduzido, merecendo, da mesma forma e pelos mesmos motivos, a manifestação da Corte **ad quem** sobre a questão posta em discussão.

Não fora isso, ressalta o Recorrente que o argumento consignado na assentada, no sentido de que '... o Banco Central, na sua contestação em 1ª instância, não alegou a insuficiência do depósito com

relação a esse período, não alegou nas suas contra-razões, em nenhum momento alegou, não embargou de declaração do acórdão da Quarta Turma, o que poderia ter alegado, em tese, uma omissão, deixou o acórdão transitar em julgado, não recorreu' (cf. fl. 589), encontra-se divorciado do entendimento sumulado do colendo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que 'Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos' (cf. Súmula n. 514-STF).

Por fim, cumpre-me ressaltar que o eminente Ministro Milton Luiz Pereira, ao apreciar pedido liminar formulado na Medida Cautelar n. 1.111-DF, ajuizada perante o egrégio Superior Tribunal de Justiça, pelo ora recorrente, concedeu efeito suspensivo ao presente processo, a fim de obstaculizar a execução da sentença que se pretende rescindir, sob o entendimento de que '... os fundamentos da ação rescisória são ponderabilíssimos, percebendo-se a irreversibilidade da execução' (cf. fl. 684 – grifos nossos), o que, a meu sentir, por si só, já justificaria a subida da irresignação especialmente deduzida." (fls. 771/772).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Da derrama de informações colhidas das peças instrutórias do despique, esclarece-se que, nos seus primórdios, tem como vertente ação de consignação em pagamento ofertando quantia com objetivo definido:

"... quitar o débito que assumiu (v.g.: o réu desta ação) mediante a cláusula sétima do contrato de assunção e confissão de dívida, novação, constituição de garantias e outras avenças, datado de 31.7.1987, resultante do acordo que pôs termo à liquidação extrajudicial das empresas do conglomerado financeiro Comind.

2. Na referida consignatória, as partes controverteram acerca do índice de correção monetária que deveria incidir na espécie: a devedora ofertou o pagamento do principal acrescido de correção monetária de acordo com a OTN, posteriormente substituída pelo BTN; o credor, Banco Central, ao contestar a ação, alegou a insuficiência do depósito, entendendo que a dívida deveria ser corrigida segundo a Letra Financeira do Tesouro – LFT.

3. A ação de consignação em pagamento foi julgada improcedente pelo MM. Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do DF, que acolheu a alegação de insuficiência do depósito, considerando a LFT o índice de correção monetária apropriado, e não a OTN/BTN, como pretendia a devedora.

4. Inconformada, a autora da consignatória interpôs recurso de apelação a esse egrégio Tribunal, cuja colenda Quarta Turma deu provimento ao apelo, em acórdão trânsito em julgado da lavra da eminente Juíza Eliana Calmon, que tem a seguinte ementa:

‘Administrativo. Débito de grupo financeiro em liquidação. Correção monetária. Taxa de correção.

1. Dívida firmada para ser paga com correção pela variação das LBCs – Letras do Banco Central, ou outro índice oficial que o substituisse.

2. O desaparecimento das LBCs ensejou a sua substituição pelas OTNs/BTNs e não pelas LFTs – Letras Financeiras do Tesouro.

3. As LFTs não são tidas como taxa de correção e sim como taxa de remuneração das operações do mercado mobiliário.

4. Legítima pretensão da devedora de pagar o seu débito devidamente atualizado pela taxa de correção oficial à época.

5. Recurso provido.’ (fls. 3/4).”

O julgado, cuja ementa foi antes transcrita, então, foi submetido ao crivo de ação rescisória, sem lograr vitoriar-se, cônsono os fundamentos sumariados na seguinte ementa:

“Processo Civil. Ação rescisória. Inocorrência de violação literal. Disposição de lei e de erro de fato. Verba honorária. Fixação em percentual na hipótese do § 4º do art. 20 do CPC.

I – Não há violação a literal disposição de lei (arts. 972 e 974 do Código Civil, e 896, inciso IV, do Código de Processo Civil), nem erro de fato na decisão que dá como suficiente, para efeito de pagamento do tributo, o depósito feito em ação de consignação em pagamento, se não foi alegada nem discutida a falta de correção monetária e de

incidência de juros do período entre a data da propositura da ação e a data do efetivo depósito.

II – O § 4^a do art. 20 do Código de Processo Civil, não proíbe a fixação dos honorários advocatícios em percentual.” (fl. 418).

Com a rejeição dos embargos declaratórios (fl. 441), advieram os embargos infringentes, rejeitados, em resenha, porque:

“Processual Civil. Ação rescisória.

1. Ação rescisória não é instância revisional. Nela, não se discute a justiça ou injustiça da decisão rescindenda.

2. Se o Judiciário, através da sentença transitada em julgado, disse que a coisa depositada era a devida, não se pode falar em violação a literal disposição de lei ou erro de fato.

3. Embargos rejeitados.” (fl. 605).

Demonstrando aberto inconformismo, foi procurada a via especial (art. 105, III, a e c, CF).

Feito o memento favorecedor da compreensão, na primeira linha do juízo definitivo de admissibilidade, ou não, no plano processual, inicialmente, impõe-se registrar que, sucessivamente, foram interpostos dois recursos especiais, prendendo-se a insurgência ao julgamento da ação rescisória (fls. 390 **usque** 418), inculcando razões, além da divergência jurisprudencial, afeitas à demonstração de que foram contrariados o artigo 485, V, § 1^a, e IX, § 2^a, CPC; artigo 1^a, Lei n. 6.899/1989; artigos 131, 302, I, parágrafo único; 319, 320, II; 351 e 897, CPC (fls. 500 a 537).

Em relação ao segundo recurso especial, novamente erguendo a divergência jurisprudencial, destaca-se que foi lançado contra o v. acórdão conseqüente do julgamento dos embargos infringentes, sustentando que foram contrariados os artigos 535, II; 20, § 4^a, e 896, IV, CPC e, ainda, os artigos 972 e 974, Código Civil (fls. 635 **usque** 662).

Sob o som forte da sucessividade na apresentação dos recursos, de logo, convém a enfrentação desse acontecimento processual. Com esse intuito, é necessário sublinhar que o especial vanguardeiro, avivando as Súmulas n. 354 e 355-STF, versou somente a parte *unânime* objeto do v. acórdão constituído no julgamento da ação rescisória (fls. 390 **usque** 418). Ou seja, discutindo o segundo fundamento – *erro de fato* (art. 485, IX) – fls. 508/512.

À sua vez, o recurso especial seguinte confronta o aresto resultante dos embargos infringentes, adstrito ao julgamento, *por maioria*, algemado à alegação de “violação a literal disposição de lei” (art. 485, V – fls. 448 a 499).

A despeito da duplicidade de recursos, certo que o primeiro vincou-se à parte *unânime* do julgado e o outro à composição oferecida nos ditos embargos presos ao julgado *da maioria*, considerados a finalidade e efeitos dos embargos infringentes (art. 530, CPC), as interposições têm cabimento no sistema processual. Se assim não se compreender, caso o primeiro recurso, a tempo e modo, não fosse interposto, a parte *unânime* do aresto concernente à rescisória transitória em julgado ao final do prazo recursal. Por isso, o último recurso ficou cingido à parte decidida *pela maioria*, na extensão da divergência, depois de examinada, incorporada ao julgado. Segue-se que, cada um, nos seus limites objetivos podem ser apreciados.

Davante, alforriada a admissibilidade e conseqüente conhecimento dos recursos especiais (art. 105, III, a e c, CF), avança-se o juízo de mérito aplicando-se o direito à espécie (art. 257, RISTJ, e Súmula n. 456-STF).

Por essas vagas, à vista do entrelaçamento dos pontos controvertidos, percebidas as conseqüências jurídicas de eventual reconhecimento de contrariedade ao artigo 535, II, CPC, o seu exame ganha preferência. E, homenageando-a, no ponto, rememorados a finalidade e o pedido apropriados aos embargos infringentes (item V – fls. 498 e 499), bem alvorçado o conteúdo do correspondente julgado (fls. 585 **usque** 605), apruma-se que, no exame das declarações postuladas, foram abordadas as sugeridas omissões, seguindo-se as pertinentes anotações (fls. 624 a 627). Enfim, bem ou mal, mal ou bem, foi oferecida a prestação jurisdicional, sem o vislumbre da acenada contrariedade ao artigo 535, II, CPC. De efeito, desenvolvida fundamentação bastante para a conclusão, despicienda mostra-se a exaustão de todas as razões postas à consideração. Ora, vezes a basto, tem sido exaltado que a finalidade da jurisdição é compor a lide e não a discussão exaustiva em torno de padrões legais e de todos os enunciados no contraditório. Demais, privativamente, incumbe ao julgador estabelecer as normas jurídicas que incidem sobre os fatos algemados ao caso concreto, atividade excluída da vontade dos litigantes.

Por essa rama, não se consubstancia a pretendida ocorrência de ofensa ao artigo 535, II, CPC. Pela mesma ordem de idéias não se prenuncia malferimento às disposições do artigo 131, CPC.

Como exame seqüencial, no circunlóquio do merecimento cinzelado

como justificador de atenção na via especial, principia-se costurando a afirmação de que – à consideração da natureza da relação jurídico-litigiosa e sendo o autor autarquia – a Primeira Seção é competente para o processo e julgamento da proposição recursal (art. 9º, I e XI, RISTJ).

Noutro sítio, a solução não depende do exame interpretativo de cláusula contratual ou sob o amálgama do conteúdo probatório, um e outro vedados pelas Súmulas n. 5 e 7-STJ. Quando muito, em frente de anunciações probatórias ou das repercussões dos avençamentos, encerrar-se-á *valoração*, bem explicada por **Karl Larenz**:

“A distinção entre questão de facto e questão de direito perpassa todo o Direito Processual; o princípio dispositivo pressupõe especialmente esta distinção. O juiz julga sobre a ‘questão de facto’ com base no que é aduzido pelas partes, com base no seu próprio conhecimento do Direito e da lei, que tem de conseguir por si (**jura novit curia**). Só os **factus**, isto é, os estados e acontecimentos fácticos são susceptíveis e carecem de prova; a apreciação jurídica dos factos não é objeto de prova a aduzir por uma das partes, mas tão-só de ponderação e decisão judiciais”. (*in* Metodologia da Ciência do Direito – Fundação Calouste Gulbenkian – Lisboa – 5ª edição – p.p. 370/371).

É o caso. Nas tratativas geradas pelos recursos especiais, voltados aos arestos surgidos no julgamento da ação rescisória (art. 485, V e IX, CPC), ainda que observados e ponderados os fatos comentados pelas partes, o lastro do julgamento tem sede na sua apreciação *jurídica*, com base no “conhecimento do Direito e da lei”.

Por essa seqüência argumentativa, na espécie, ficam derruídos os óbices ditados pelas mencionadas súmulas.

Ultrapassados os motivos afervorados ao derredor circunstancial de “correção monetária” e dos “juros contratuais” não incluídos no valor do depósito objeto da ação consignatória, nos limites dos recursos especiais, afastado o exame deste ou daquele índice aplicável, resta a apreciação das suscitadas violações aos padrões legais encimados nos despiques, assim aludidos:

“CPC, art. 485, V, em face da literal violação aos arts. 972 e 974 do Código Civil, uma vez que a obrigação não foi extinta, em razão da insuficiência do depósito; e 896, IV, do Código de Processo Civil, que impõe a improcedência da consignatória quando o depósito não é integral;

CPC, art. 485, IX, diante do erro de fato em que incidiu a colenda Turma prolatora do r. acórdão rescindendo, ao não perceber que o montante permaneceu ‘congelado’ entre 30.1.1990 e 5.3.1990, considerando quitada a dívida, apesar da insuficiência do depósito;

violação literal ao § 4^a do art. 20 do CPC, ao condenar o Banco Central (Fazenda Pública), sem atenção às alíneas **a**, **b** e **c**, § 3^a, do mesmo artigo.” (fls. 505/506).

Pois bem; vamos aos pontos comentados. Nessa esteira, acompanhando o séquito dos acontecimentos processuais, ganha espaço e mostra-se conveniente suscitar que, sob os alhores de liquidações extrajudiciais, Comind Participações S/A, ora réu, ajuizou a multicitada consignatória (arts. 890 e 900, CPC, 972 e 973, I, Código Civil), explicando que:

“9. Em 31 de julho de 1987 foi, finalmente, firmado o contrato de assunção e confissão de dívida, novação, constituição de garantias e outras avenças, entre a autora, o réu e outros intervenientes garantidos (Doc. n. 3). Já estavam, à ocasião, pagos todos os credores privados, satisfeitas as exigências dos votos anteriormente citados. Cuidou-se, então, da dívida para com a reserva monetária, administrada pelo Banco Central do Brasil. É deste contrato que exsurgem as obrigações objeto da presente consignatória.

(...)

15. Em 30 de julho de 1989 ocorreu o vencimento da primeira parcela da dívida confessada no contrato firmado em 31 de julho de 1987. A Autora procedeu, então, ao pagamento, tendo sido a correção monetária calculada com base na variação do valor nominal da OTN no período compreendido entre julho de 1987 e julho de 1989.

16. Realmente, a Autora dirigiu-se ao Banco Central do Brasil através de carta de 25 de julho de 1989 (Doc. n. 6), deixando claro que a atualização das cifras contratuais estava vinculada às obrigações do Tesouro Nacional e aos Bônus do Tesouro Nacional:

‘A partir de 31.7.1987, onde foi apurado o valor acima referido de Cz\$ 16.000.616.088,33 e com a inclusão da correção monetária, calculada através da variação das OTNs – Obrigações do Tesouro Nacional, no período de 31.7.1987 a 31.1.1989, e pela utilização do IPC – Índice de Preços ao Consumidor (calculado pelo IBGE), no período de 1.2.1989 a 31.7.1989, com o

que superou-se, de forma definitiva, o disposto no § 1^a da cláusula sétima do pré-falado contrato de assunção e confissão de dívida, no que tange ao fator corretivo, mantidos os juros de 6% a.a. previstos no referido parágrafo, constatou-se o saldo devedor de NCz\$ 453.912.518,25 (quatrocentos e cinquenta e três milhões, novecentos e doze mil, quinhentos e dezoito cruzados novos e vinte e cinco centavos) equivalente a 28.435.263,96 BTNs (Bônus do Tesouro Nacional), na data de 31.7.1989,...

(...)

27. É totalmente ilegítima, pois, a pretensão do réu de receber valores que deliram do contrato. A Autora tem, por outro lado, assegurado, pelo artigo 7^a e seus §§ 1^a e 2^a, do Decreto n. 22.626/1933 o direito de, antes da ocorrência do termo final, pagar a quantia devida, sem acréscimos, multas ou sanções quaisquer, já que se cuida de dívida hipotecária e pignoratícia. A recusa do recebimento da quantia correta, ou seu recebimento com ressalva, ensejam a propositura, pela Autora, da presente ação, requerendo, com efeito de pagamento da parcela vencida nesta data, a consignação da quantia de NCz\$ 3.515.990.953,56 (três bilhões, quinhentos e quinze milhões, novecentos e noventa mil, novecentos e cinquenta e três cruzados novos e cinquenta e seis centavos), a título de principal, mais NCz\$ 104.232.246,34 (cento e quatro milhões, duzentos e trinta e dois mil, duzentos e quarenta e seis cruzados novos e trinta e quatro centavos), quantias que representam, nesta data, o total da dívida confessada, corrigida segundo a variação do valor nominal das OTNs/BTNs, procedendo-se à citação do réu para, em dia e hora que forem designados por esse m. Juízo, vir ou mandar receber a quantia, sob pena de ser feito o respectivo depósito.” (fls. 28 **usque** 35).

Foram depositados, então, NCz\$ 3.620.223.199,30 (três bilhões, seiscentos e vinte milhões, duzentos e vinte e três mil, cento e noventa e nove cruzados novos e trinta centavos) – doc. fl. 53.

Para eficiente acompanhamento, é bom anunciar as razões contestatórias; em resenha:

“40. Vale dizer: mesmo que admitida a tese da Autora, o valor, ofertado em 30 de janeiro de 1990 teria sido muito menor do que aquele que a Autora entende devido, haja vista que, se corrigido o débito

pela remuneração da poupança, importaria ele, àquela altura, em NCz\$ 5.166.070.631,55 (cinco bilhões, cento e sessenta e seis milhões, setenta mil, seiscentos e trinta e um cruzados novos e cinqüenta e cinco centavos); valor esse que, à evidência, hoje, corrigido, superaria a casa dos vinte e seis bilhões de cruzeiros (considerada a remuneração da poupança dos meses de fevereiro, março e abril) – Documento n. 2.”

(...)

“50. Tendo sido justa a recusa por esse motivo, há de se entender que o depósito realizado é insuficiente, haja vista que somente o efetuado considerando a variação das LBCs no período será apto a extinguir a obrigação, depósito esse que, em 30 de janeiro de 1990, correspondia a NCz\$ 12.767.755.678,54 (doze bilhões, setecentos e sessenta e sete milhões, setecentos e cinqüenta e cinco mil, seiscentos e setenta e oito cruzados novos e cinqüenta e quatro centavos), correspondentes, hoje, a Cr\$ 34.784.857.113,99 (trinta e quatro bilhões, setecentos e oitenta e quatro milhões, oitocentos e cinqüenta e sete mil, cento e treze cruzeiros e noventa e nove centavos).” fls. 69, 70 e 73.

Logo se vê que foi contestado o **quantum** depositado, arrazoando que serviu ao convencimento para a afirmação judicial singular, julgando *improcedente* o pedido da consignação (sentença de fls. 105 **usque** 124).

Todavia, o nascedouro da rescisória encontrou fortificado veio no v. acórdão fincado no julgamento da apelação provida, interposta pelo Comind, averbando a ilustre Relatora, hoje exímia Ministra Eliana Calmon, com assento nesta Corte, a dizer:

(...)

“Por último, é preciso que se teça algumas considerações sobre o depósito, porque já assentado que o índice a ser aplicado é exatamente o indicado pelo Comind – autor.

O depósito oferecido, segundo indicado, obedeceu ao cálculo do índice proposto OTN/BTN e a sentença não questionou a sua insuficiência, ou sequer, alegou o Bacen tal aspecto, limitando-se a discutir a não-aplicabilidade do índice.

Da contestação extraio os seguintes trechos:

‘Ante o exposto, é de reconhecer que a recusa do Banco

Central do Brasil em receber e dar quitação foi justa, exatamente porque a pretensão da Autora não se adequava aos termos do contrato firmado entre as partes.

(...)

Não havendo provas a produzir, por se tratar de questão eminentemente de direito, requer também, o julgamento antecipado da lide, com fundamento no art. 330, I, do CPC.’ (fl. 112).

Conseqüentemente, a contestação e a sentença aceitaram que o depósito, pelo valor oferecido, se correto fosse o índice, era suficiente. E como correto foi o índice adotado pelo Recorrente, está o depósito apto a ensejar a quitação.” (fls. 175/176).

Na senda recursal, então, foi que surgiu a pré-dita ação rescisória, alteiando o eminente Relator Juiz Tourinho Neto que o autor Banco Central:

“... não quer reabrir nesta rescisória a discussão acerca do índice de correção monetária aplicável. Ocorre que, mesmo considerando correto o indicador OTN/BTN, a quantia consignada em juízo era suficiente para quitar a dívida.

7. Com efeito, conforme o ‘*termo de depósito em ação de consignação em pagamento*’ de fl. 85 dos autos da consignatória em 5 de março de 1990, foi depositada a importância de NCz\$ 3.620.223.199,90 (três bilhões, seiscentos e vinte milhões, duzentos e vinte e três mil, cento e noventa e nove cruzados novos e noventa centavos), *quantia essa que foi atualizada somente até a data da petição inicial, 30 de janeiro de 1990.*

8. Vale dizer, a quantia depositada não incluiu a correção monetária e os juros referentes ao período compreendido entre a data da inicial (30.1.1990) e a data do efetivo depósito (5.3.1990). Essa diferença entre o efetivamente devido e o valor depositado – decorrente da não-inclusão da correção monetária e dos juros relativos ao período de janeiro e março de 1990 – correspondia a NCz\$ 6.339.769.854,10 (seis bilhões, trezentos e trinta e nove milhões, setecentos e sessenta e nove mil, oitocentos e cinquenta e quatro cruzados novos e dez centavos), que equivale, hoje, à importância de R\$ 309.641.643,54 (*trezentos e*

nove milhões, seiscentos e quarenta e um mil, seiscentos e quarenta e três reais e cinqüenta e quatro centavos), conforme a planilha de cálculos anexa.

Sustenta que o acórdão violou os arts. 972 e 974 do Código Civil e o art. 896, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Alega, também, ter ocorrido erro de fato, pois ‘passou despercebido no acórdão o fato de que a quantia depositada não incluiu a correção monetária e os juros referentes ao período compreendido entre a data do ajuizamento da consignatória e a do efetivo depósito ...’

Diz que (fl. 11):

‘Se a colenda Turma julgadora tivesse atentado para o documento de fl. 85 dos autos da consignatória, o referido *‘termo de depósito em ação de consignação em pagamento’*, datado de 5.3.1990, perceberia que a quantia depositada era exatamente a mesma que havia sido atualizada somente até a data da propositura da ação, 30.1.1990, e, seguramente, o resultado da demanda seria outro.’

Afirma, outrossim, que (fls. 15/16):

‘ao condenar o Banco Central do Brasil ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência fixados em 20% sobre o valor da causa, o r. acórdão rescindendo contrariou o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, que estabelece a regra segundo a qual, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas **a**, **b** e **c** do § 3º, respectivamente: o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. 29. Ou seja, quando é vencida a Fazenda Pública, os honorários de sucumbência não estão sujeitos aos limites estabelecidos no **caput** do § 3º do art. 20 do CPC, mas devem ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz, levados em consideração os fatores a que se referem as alíneas do mesmo parágrafo.’

Em aditamento (fls. 249/250):

‘O r. acórdão rescindendo condenou o ora autor a pagar honorários de sucumbência fixados em 20% sobre o valor da causa, o que corresponde à exagerada quantia de R\$ 58.489.224,86.

2. Na inicial ora aditada, ficou demonstrado que, nessa parte, houve violação ao § 4º do art. 20 do CPC, pois essa *importância* está muito acima do que pode ser considerado equitativo.

3. Ocorre que a v. decisão rescindenda, ao condenar o Banco Central ao pagamento de tão vultosa soma a título de honorários advocatícios, **data maxima venia**, além de violar o citado dispositivo processual, contrariou também o princípio constitucional da moralidade administrativa insculpido no **caput** do art. 37.’ (fls. 390 a 393, transcrevendo o contido nas fls. 4, 5, 11, 15, 16, 249 e 250 – grifos e destaques originais).

À tratativa de ocorrência, ou não, do *erro de fato*, concluindo pela improcedência do pedido à rescisão, o ilustre Relator versou:

(...)

“A Turma errou? De quem foi o erro? Como lançar a responsabilidade da falta da apreciação da correção do depósito na Turma? Haveria erro de fato se a Quarta Turma tivesse declarado ter sido o depósito devidamente corrigido, apesar de estar demonstrado nos autos não ter havido a correção. Aí, sim, haveria um erro. O erro emergiria da própria documentação existente nos autos. A Turma teria errado se dissesse uma coisa que não estava nos autos. Na hipótese, não houve essa declaração, logo a Turma não laborou em erro.

Ademais, pode o juiz decidir fora do que foi pleiteado? O Banco Central pleiteou essa correção? Não. E o juiz poderia isso decidir?

A questão da insuficiência do depósito em face da não-correção do valor contado na inicial, quando da efetivação do depósito, não foi posta em juízo. Conseqüentemente, não poderia ser apreciada a decidida”. (fls. 396/397).

Na atoarda da controvérsia, surgiram dois votos divergentes (fls. 409 a 412 e 415), após a rejeição dos declaratórios, ensejando os embargos infringentes, como pré-falado, antecedidos e sucedidos pelos recursos especiais sob exame.

Na planura desses assentamentos, calham as averiguações dos

malferimentos aos prenunciados padrões legais. De conseguinte, como pór-tico maior, chegou o momento para premonitórios registros afeiçoados ao mérito. Para tanto, com relevo, reitera-se que não se indaga mais sobre o índice aplicável para a correção monetária, mas, isto sim, se o valor depositado correspondeu àquele devido e exigido à quitação (arts. 972 e 974, Código Civil).

Adiante, pois, no sítio restrito de apurações, soa estridente que, em contestando a pretensão rescisória, o Réu em nenhum momento, afiançou a completude do depósito, considerado o interregno temporal descoberto: entre o ajuizamento da ação e a concretização da oferta consignada – 30.1.1990 a 5.3.1990.

Daí a pergunta: pode ser admitido como suficiente o depósito efetivado sem a atualização monetária e juros contratuais correspondentes ao período explicitado?

O r. acórdão, à razão do voto-condutor lineou que sim, porque:

“A questão da insuficiência do depósito em face da não-correção do valor contado na inicial quando do depósito, não foi posta em juízo. Conseqüentemente, não poderia ser apreciada e decidida”. (fl. 297).

E, por conseqüência, inferiu-se a quitação, ficando descogitada a violação aos artigos 972 e 974, Código Civil (fls. 297 e 298). Porém, não houve composição ou solução concreta a respeito da correção no período mencionado.

Questiona-se, na pertinça da “insuficiência”, quanto à possibilidade do reavivamento desse ponto, se não estaria concretizada a preclusão lógica (arts. 183 e 473, CPC) ou mesmo a “coisa julgada”.

No talante da “coisa julgada” não há anteparo, uma vez que, a tempo e modo, os recursos hábeis sucederam-se e os recursos especiais sob atenção, na sua amplitude, ferretam por inteiro os julgados na rescisória e nos embargos infringentes. Não se cristalizou “coisa julgada material” (art. 467, CPC).

Em relação à *preclusão*, reitera-se, os inconformismos manifestados na via especial, por si, afastam a hipótese. Com o arrimo nos artigos 219, § 5^o, e 301, inciso IV, CPC, passando-se pela vedação circunstanciada no artigo 128 do mesmo Código, fontes primárias das objeções levantadas pelo Réu

(fls. 271 a 273), ganha estridência aludir, *a uma*, que a correção monetária não é um **plus**, que se acrescenta, mas um **minus** que se evita. Os precedentes são eloquentes; entre outros: REsp n. 153.630-RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *in* DJU de 27.3.2000; REsp n. 192.015-SP, Rel. Min. José Delgado, *in* DJU de 16.8.1999; REsp n. 138.358-MG, Rel. Min. Adhemar Maciel, *in* DJU de 20.4.1998; REsp n. 89.742-DF, Rel. Min. Peçanha Martins, *in* DJU de 13.10.1997; REsp n. 95.735-RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *in* DJU de 9.3.1998; REsp n. 43.374-BA, Rel. Min. Cláudio Santos, *in* DJU de 15.8.1994; REsp n. 173.458-PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* DJU de 14.12.1998.

Em sendo assim, e assim é, de vez, flui que a atualização em comento não confronta os padrões colacionados, a preclusão ou a coisa julgada. Além do mais, descaberia qualquer alvitre talhado nas exceções referenciadas no § 1º, art. 267, CPC. No mesmo estuário, seja à conta da relação jurídico-litigiosa de direito material ou com esteio no momento processual, não ecoam os avisos ditados no artigo 301, IV, c.c. artigo 268 e parágrafo único, CPC.

Continuando, sob a vigia conceitual da *correção monetária*, na dimensão do “princípio da adstrição (art. 128, CPC), de riste, afastando-se contrariedade ou desafio, permanecendo intangido o valor básico, é inequívoca a incidência da correção, a fim de ser evitada a desvalorização do significado real da moeda, correspondente à parcela devida e objeto do depósito. Mesmo porque, tal como ocorrente com os *juros incidentes* – salvo renúncia expressa (inexistente na espécie) –, ainda que sem pedido expresso, sempre abonados (art. 293, CPC), diferente não pode acontecer com a atualização monetária.

Tanto que, na liquidação, os juros e a correção monetária incidem, mesmo faltando disposição expressa no título judicial. Diferente conclusão, **data venia maxima**, seria louvaminhar o enriquecimento sem causa; porque o valor depositado não pagaria a real expressão monetária. Não é sem razão que, nos atrasos de pagamentos, ainda antes da Lei n. 6.899/1981, a jurisprudência soergueu o direito à atualização. Ainda hoje, precatórios complementares estão em curso, requisitando as diferenças resultantes dos períodos entre os cálculos e a data do efetivo pagamento. Portanto, a obrigação de corrigir monetariamente não desborda os limites da **litiscontestatio**, persistindo a **causa petendi** fundamental e nem se alvoraça fato diverso, porque a correção está contida no continente, situação que inibe a lembrança do artigo 294, CPC.

Sim, implicitamente os limites de lide albergaram a pretensão fulcral: insuficiência do depósito, à falta de atualização correspondente ao período temporal comentado.

Por derradeiro, em face de crédito de natureza pública, *a una voce*, inadmitte-se seja renunciado por representante judicial, salvante autorização legal e manifestada por autoridade pública competente ou por delegação substancialmente hábil. Hipóteses sem presença na espécie. Por consequência, o direito ao depósito integral corrigido continua vivo, não podendo ser ignorado. Porém, desconsiderado, emergiu o direito subjetivo à *ação rescisória*, tal como postas as questões.

Sob as tendas, pois, das idéias ordenadas, formando o juízo de mérito, outra vez, sobreconcentra-se a atenção no entendimento básico do julgado provocador dos recursos em mesa, conforme a resenha da fundamentação:

“I – Não há violação a literal disposição de lei (arts. 972 e 974 do Código Civil, e 896, inciso IV, do Código de Processo Civil) nem erro de fato na decisão que dá como suficiente, para efeito de pagamento do tributo, o depósito feito em ação de consignação em pagamento, se não foi alegada nem discutida a falta de correção monetária e de incidência de juros do período entre a data da propositura da ação e a data do efetivo depósito ...” (fl. 418).

No entanto, guiado pela réstia da exposição antecedente, sem embaços, denotando-se que, referentemente à correção, não foi constituída decisão específica, nem aceitável a presunção de que houve concordância, é forçoso concluir-se, no caso, pela inaplicabilidade dos artigos 302 e 320, CPC (**Barbosa Moreira** – Comentários ao CPC – vol. V – p. 134 – Forense – 6ª edição).

Prossegue-se sob o signo do alegado *erro de fato* (art. 485, IX, CPC).

Por essa rama, sem desviar a atenção do motivo da ação rescisória, conforme assinalado, é preciso acentuar que, na realidade, a quizília não se cinge a índice aplicável. De fato, reavivado o brevíário contratual anterior, vincula-se restritivamente ao período órfão de atualização, representativo de desfalque no valor do depósito detalhado na consignatória. Andante, tudo se resume no discutido *erro*, ou não, a respeito da incompletude do depósito e, se definido, no direito à complementação. **De meritis**, pois,

na pesquisa do vício no julgado impugnado nos recursos especiais, merece valoração o documento juntado à fl. 53 – *termo de depósito em ação de consignação em pagamento*.

Aí, reaviva-se que, como pontuado antes, desde a contestação à consignatória, o assunto da *insuficiência do depósito* foi enfrentado (fls. 54 **usque** 74). A reforma da sentença foi justificada à falta de irresignação expressa, linha de raciocínio que vincou o reconhecimento da quitação (fls. 171 a 176).

Houve, ou não, o apregoadado *erro*? No título judicial propiciador deste recurso o nobre Relator respondeu negativamente (fls. 396 e 397). Mas, com os olhos de bem se ver, na confluência dos pontos conflitantes, colhe-se que, à ocasião, a melhor apreciação dos acontecimentos, apesar de vencido, foi apurada pelo eminente Juiz Olindo Menezes, assinalando:

(...)

“Em suma, somente ocorre pagamento quando o devedor presta o devido, todo o devido e por inteiro, segundo a lição autorizada de **Caio Mário da Silva Pereira**. (cf. Instituições de Direito Civil – Volume II, 2ª edição, Forense, p. 124).

Não havendo depósito integral – pois a empresa deixou de depositar, pelos valores da época, NCz\$ 6.339.769.854,10, que equivalem, na data da propositura desta rescisória, a R\$ 309.641.643,65 –, não houve pagamento, incorrendo o acórdão inadvertidamente, em violação literal aos arts. 972 e 974 do Código Civil, quando proclamou a quitação pelo montante depositado (cf. fl. 176)”. – fl. 411.

Nessa linha de pensar, em face da objetividade, conquanto também vencido, denota-se o voto proferido pelo Sr. Juiz Cândido Ribeiro:

“Na verdade, essa atualização era devida. Não discuto aqui se a parte, ao ajuizar ação, já ofereceu o valor correto. Sim, correto para aquela data, mas não para a data da efetivação do depósito. Se nós vivíamos na época uma ciranda inflacionária da qual até já nos distanciamos, tínhamos em mente essa atualização em tudo. Tínhamos uma economia dolarizada, atualizada. E, como a lei que instituiu essa atualização monetária, fazendo-a incidir nos feitos judiciais independentes de postulação, já está em vigor há muitos anos, tenho que a posição mais coerente neste julgamento seja a da divergência.

Quando a parte vem a juízo e postula por uma condenação, necessariamente ela não está obrigada a postular pela condenação com atualização monetária. É **ex legis** essa atualização. Eu, em vários feitos que julgo, dou os expurgos inflacionários de ofício. Trata-se de um mero cálculo aritmético de atualização. Não precisa que a parte peça que, da condenação, atualize-se monetariamente aquela verba objeto da mesma.” (fl. 415).

Sem outros afeiçoamentos, quando do julgamento dos embargos infringentes (art. 530, CPC), com presteza ficando claro que a correção monetária não correspondeu ao interregno, antes indicado, o exímio Relator resumiu que a rescisória teve origem em “alegada insuficiência do depósito, de vez que a quantia depositada foi atualizada somente até 30.1.1980, enquanto a efetivação do depósito se deu em 5.3.1990, vale dizer, a quantia oferecida não incluiu a correção monetária e os juros referentes ao período que medeou entre o cálculo feito pela Autora e a efetiva consignação da quantia devida. Teria havido, assim, violação aos artigos 972 e 974 do Código Civil”. (fl. 588). É certo que, a final, ressaltando que a “injustiça da decisão não constitui pressuposto da rescisória...” (fl. 589), votou negando o provimento. Mas a insuficiência não foi negada.

Em prol dessa realidade, não obstante igualmente vencido, são preciosas as razões postas no voto do lúcido Juiz Hilton Queiroz, entendendo que, textualmente:

“... o v. acórdão rescindendo, cuja cópia se vê às fls. 168/186, incorreu em erro de fato resultante de atos ou de documentos da causa, ao considerar que ‘... a contestação e a sentença aceitaram que o depósito, pelo valor oferecido, se correto fosse o índice, era suficiente. E como correto foi o índice adotado pelo Recorrente, está o depósito apto a ensejar a quitação’ (fl. 176), admitindo implicitamente a sua integralidade, que, na verdade, inexistia, pois, não negado pela empresa ora embargada o fato nela apontado, é incontroversa a afirmação constante da inicial de que ‘... conforme o termo de depósito em ação de consignação em pagamento’ de fl. 85 dos autos da consignatória, em 5 de março de 1990, foi depositada a importância de NCZ\$ 3.620.223.199,90 (três bilhões, seiscentos e vinte milhões, duzentos e vinte e três mil, cento e noventa e nove cruzados novos e noventa centavos), quantia essa atualizada somente até a data da petição inicial, 30 de janeiro de 1990’ (fl. 5), fato esse que valida a conclusão a que

chegou o Embargante de que ‘... a quantia depositada não incluiu a correção monetária e os juros referentes ao período compreendido entre a data da inicial (30.1.1990) e data do efetivo depósito (5.3.1990)’ (fl. 5).

Ao proclamar quitada a dívida, partiu o v. acórdão do inexistente pressuposto de que o depósito fora integral, quando integralidade não havia, à míngua da necessária correção que deveria incidir sobre a quantia ofertada até a data de seu efetivo depósito, como de lei, assim o exigindo a galopante inflação que, naquele período, assolava a economia nacional, impondo a atualização diária da moeda, como bem anotou o eminente Juiz Cândido Ribeiro, no seu voto, à fl. 415.

Íntegro como não foi o depósito, a quitação não poderia ser dada, como o fez o v. acórdão rescindendo, vindo assim a incidir na literal violação aos dispositivos de lei indicados no voto divergente.

Finalmente, considero pertinentes os fundamentos legais em que se assenta a rescisória.” (fls. 597/598).

Como epílogo forte, reafirmando o seu voto anterior, o ilustre Juiz Olindo Menezes proclamou:

(...)

“Houve, indubitavelmente, depósito não-integral. Se temos a oportunidade de corrigir o erro, para evitar tamanho prejuízo aos cofres públicos, não devemos vacilar na realização desse objetivo. Pequenos entraves processuais – o Banco Central não teria abordado a questão na apelação – não devem constituir obstáculo. A Justiça deve buscar a substância do processo e não a sua forma, em si mesma. Não deve o juiz praticar somente a justiça dos escribas, para lembrar o texto sagrado.” (fl. 599).

Viandante, na dimensão de todos os registros comemorados, são inafastáveis duas conclusões: o depósito não foi integral e, sob as brumas do julgado, alavancado na premissa de “fato não-impugnado” e louvando a presunção de veracidade do valor depositado, orientou-se por manifesto *erro verificável* por simples valoração do documento de fl. 53 e demais elementos do processo. À luz dessa compreensão não houve compatibilização entre o julgado e a realidade das circunstâncias factuais e jurídicas envolvendo a

demanda. É o mesmo que dizer que o aresto ignorou a necessidade da correção para a integralização do *depósito*, premiando o autor da consignatória com a quitação baseada em pagamento insuficiente.

Pelas ordenanças da exposição, prontifica-se o entendimento de que, configurado o *erro de fato*, ficou malferido o artigo 485, IX, § 1^a, CPC. Todavia, como houve acumulação no pedido recursal, também soerguem-se as disposições do artigo 485, V, CPC, uma vez que os elementos demonstrando o *erro*, conjugados nas suas conseqüências, correspondem, em parte ou no todo, à “violação de lei” (arts. 972 e 974 e art. 1^a Lei n. 6.899/1981).

Nessa vigiliatura, na sua extensão, repercutem os ensinamentos do eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:

(...)

“É importante, pois, salientar que a expressão ‘negar vigência’ não se adstringe a mera questão de eficácia da lei no tempo, consistente em saber se ‘uma lei vige, já não vige ou ainda não vige’ (Min. Castro Nunes). A cláusula ‘negar vigência’ equivale à cláusula ‘negar aplicação’ da Constituição de 1891: *deixar de reconhecer eficácia à norma federal no caso concreto*. Significa aplicar a lei federal erroneamente com ofensa da sua letra ou do seu espírito. Ou seja: quando o Tribunal-recorrido comete erro de direito através de violação ou da falsa aplicação à lei. Segundo ensina **Buzaid**, ‘dá-se a violação, quando no julgamento foi posta norma diversa da existente; dá-se a falsa aplicação, quando se subsumiu na norma posta fato diverso daquele que a norma prevê. Considerando-se a sentença como um silogismo, a violação consiste num erro da premissa maior; a falsa aplicação na sua conclusão. Tais ensinamentos foram bem resumidos pelo Ministro Aliomar Baleeiro, no voto publicado na RJT, 64:677; ‘Por vezes, sustentei que não aplicar o dispositivo, ou aplicar o não indicado, assim como *dar o que a lei nega, ou negar o que ela dá, equivale a negar a vigência da tal lei*. E ainda continuo convencido disso, pois nenhum juiz recusa vigência à lei, salvo casos excepcionalíssimos de direito intertemporal ou loucura furiosa.’ (in Recursos no Superior Tribunal de Justiça, 1991, Ed. Saraiva, p.p. 57/58) – (grifei). – fls. 11/12.

Por fim, no referente ao artigo 20, § 4^a, CPC, inequívoco que, em simplesmente, “invertendo o ônus da sucumbência”, antes fixado em 20%,

vencida autarquia federal, foram descortejadas as disposições do § 4º, referido. Merece provimento o inconformismo, a fim de que os honorários adquem-se aos limites estadeados lealmente.

Tudo considerado, parcialmente, *voto provendo o recurso*, ficando reconhecido o direito à *correção monetária* correspondente ao período de 30.1.1990 a 5.3.1990 e, por óbvio, contados os juros devidos, complementando-se o valor exigível para o depósito e quitação. Os honorários serão fixados conforme disposto na motivação, em razão do provimento, ficando invertidos os ônus da sucumbência.

É o voto.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Sr. Presidente, efetivamente, houve um erro material na grafia, mas, evidentemente, é aquele que está no relatório e em toda a motivação.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Presidente): Sr. Ministros, justifico o meu pedido de vista, até incentivado pelo Sr. Ministro-Relator, em face dos precedentes: RSTJ n. 82/219, 96/304, 15/314, 66.221, 75/214, 89/266, 95/283 e 106/345.

Preciso analisar esses precedentes em virtude de alguns aspectos jurídicos aqui postos, para verificar se estão em harmonia com o que aqui foi mencionado. Penso que se não ultrapassar a fase de exame desses precedentes, no meu convencimento, não terei condições de votar.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: O egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região constituiu acórdão assim ementado:

“Processo Civil. Ação rescisória. Inocorrência de violação literal. Disposição de lei e de erro de fato. Verba honorária. Fixação em percentual na hipótese do § 4º do art. 20 do CPC.

I – Não há violação a literal disposição de lei (arts. 972 e 974 do Código Civil, e 896, inciso IV, do Código de Processo Civil) nem

erro de fato na decisão que dá como suficiente, para efeito de pagamento do tributo, o depósito feito em ação de consignação em pagamento, se não foi alegada nem discutida a falta de correção monetária e de incidência de juros do período entre a data da propositura da ação e a data do efetivo depósito.

II – O § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não proíbe a fixação dos honorários advocatícios em percentual.” (fl. 418).

A referida decisão foi complementada com acórdão proferido em sede de embargos de declaração, e cuja ementa assinalou (fl. 441):

“Processo Civil. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Omissão inexistente. Embargos de declaração rejeitados.”

O mencionado julgamento, por ter sido tomado por maioria de votos, foi atacado pelo Banco Central, ora recorrente, pela via de embargos infringentes. Estes foram rejeitados pelos fundamentos a seguir resumidos (fl. 605):

“Processual Civil. Ação rescisória.

1. Ação rescisória não é instância revisional. Nela não se discute a justiça ou injustiça da decisão rescindenda.

2. Se o Judiciário, através da sentença transitada em julgado, disse que a coisa depositada era a devida, não se pode falar em violação a literal disposição de lei ou erro de fato.

3. Embargos rejeitados.”

Interpostos embargos de declaração com referência ao julgado supra-referido, decidiu o Tribunal **a quo**:

“Embargos de declaração. Embargos infringentes. Pontos de divergência apreciados e julgados.

1. Antes de concluir que os fundamentos dos embargos infringentes em ação rescisória não devem comprometer a decisão transitada em julgado em ação de consignação em pagamento, o acórdão apreciou todos os pontos divergentes.

2. Embargos rejeitados” (fl. 629).

A decisão acima registrada foi atacada pelo recurso especial ora examinado. O Banco Central, parte-recorrente, aponta negativa de vigência aos arts. 485, V e IX, do CPC, sob o fundamento de que o **decisum** rescindendo violou: a) os arts. 972 e 974 do Código Civil, alegando que a obrigação não foi extinta, por insuficiência do depósito; b) o art. 896, IV, do CPC, por este impor a improcedência do pedido consignatório quando o depósito não for integral; c) o art. 535, II, do CPC.

A Autarquia-recorrente suscitou, também, existência de dissídio jurisprudencial a justificar a admissibilidade do recurso especial.

A parte-recorrida, ao contra-arrazoar, alegou:

a) inexistência de qualquer omissão no acórdão a justificar a apontada violação ao art. 535, II, do CPC;

b) não-ocorrência de violação aos dispositivos legais apontados como violados pela parte-recorrente;

c) ausência de prequestionamento da matéria jurídica assumida pelas razões do recurso especial;

d) a pretensão do Banco Central envolve questões de fato esgotadas na instância de origem, impossível de serem reapreciadas nas restritas dimensões da ação rescisória;

e) ser impossível reapreciar-se, em sede de ação rescisória, a fixação dos honorários, legalmente arbitrados.

O recurso especial apresentado pelo Banco Central foi admitido, parcialmente, na origem.

Iniciado o julgamento neste grau especial, o eminente Ministro Milton Luiz Pereira, Relator, proferiu voto pelo provimento do recurso. Na oportunidade, julgou procedente o pedido rescisório para o fim de, desconstituindo o julgado rescindendo, impor decisão no sentido de ficar reconhecido ao Banco Central o “direito à correção monetária correspondente ao período de 30.1.1990 a 5.3.1990 e, por óbvio, contados os juros devidos, complementando-se o valor exigível para o depósito e quitação”. Inverteu, por consequência, os honorários advocatícios.

Pedi vista dos autos. Pronuncio-me a respeito.

Início destacando que a parte-recorrida, Comind Participações, ingressou, em data de 30.1.1990, na 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, com ação de consignação em pagamento contra o Banco Central, oferecendo o total de NCz\$ 3.515.990.953,56 (três bilhões, quinhentos e

quinze milhões, novecentos e noventa mil, novecentos e cinquenta e três cruzados novos e cinquenta e seis centavos), a título de pagamento do que entendia ser dívida principal, mais NCz\$ 104.232.246,34 (cento e quatro milhões, duzentos e trinta e dois mil, duzentos e quarenta e seis cruzados novos e trinta e quatro centavos), quantias que, somadas, representavam, na data da propositura da ação, o total da dívida que tinha sido confessada pela própria Autora, ora recorrida, tudo corrigido segundo a variação do valor nominal das OTNs/BTNs.

Esclareça-se desde logo, que, segundo a autora da ação de consignação em pagamento, o fato que motivou o pedido de consignação em juízo foi a recusa do Banco Central em corrigir o débito pela variação nominal das OTNs/BTNs, por pretender fazer tal atualização pela variação nominal das Letras Financeiras do Tesouro.

Os fundamentos da ação consignatória em pagamento estão presentes às fls. 23/36 dos presentes autos.

A quantia em referência, conforme documento de fl. 53, foi integralmente depositada em juízo em data de 5 do mês de março de 1990.

O Banco Central do Brasil, parte-ré na referida ação de consignação em pagamento, ao contestar o pedido consignatório em pagamento, alegou, em síntese, o seguinte:

a) ser justa a recusa assumida em receber os valores apontados pela Autora e dar quitação de débito, porque a pretensão do consignante não se adequava aos termos do contrato firmado entre partes;

b) a insuficiência do depósito, haja vista que somente o efetuado considerando a variação das LBCs no período será apto a extinguir a obrigação.

A autora da ação de consignação em pagamento, ao impugnar a contestação, voltou a discutir o valor da dívida, continuando a defender a sua atualização pela variação nominal das OTNs/BTNs, tudo centrado na data de 30 de janeiro de 1990 (fls. 75/104).

A sentença de 1ª grau, adotando como razões de decidir, os fundamentos desenvolvidos pelo Banco Central, julgou improcedente o pedido de consignação em pagamento.

Adotou, conseqüentemente, o entendimento do Banco Central de que (fl. 123):

“(…)

47. Também não aproveita à Autora alegar que a primeira parcela do débito foi paga e recebida, sem ressalvas, com a correção das OTNs/BTNs. É evidente que não houve, por parte da Autarquia-defendente, o intuito de novar objetivamente dívida já novada em condições especialíssimas. Tanto isso é verdade que, dando-se conta o defendente da diferença existente, animou-se de plano, a exigir que o pagamento da segunda parcela fosse efetuado juntamente com o saldo que restara impago da primeira (Doc. n. 3).

48. Não tendo havido intenção de alterar cláusula contratual, não há falar em alteração unilateral do contrato por parte da Autora, até porque a alteração seria em seu único e exclusivo benefício.

49. Ante todo o exposto, é de reconhecer que a recusa do Banco Central do Brasil em receber e dar quitação foi justa, exatamente porque a pretensão da Autora não se adequava aos termos do contrato firmado entre as partes.

50. Tendo sido justa a recusa por esse motivo, há de se entender que o *depósito realizado é insuficiente*, haja vista que somente o efetuado considerando o variação das LBCs no período será apto a extinguir a obrigação, depósito esse que, em 30 de janeiro de 1990, correspondia a NCz\$ 12.767.755.678,54 (doze bilhões, setecentos e sessenta e sete milhões, setecentos e cinqüenta e cinco mil, seiscentos e setenta e oito cruzados novos e cinqüenta e quatro centavos), correspondentes, hoje a Cr\$ 34.784.857.113,99 (trinta e quatro bilhões, setecentos e oitenta e quatro milhões, oitocentos e cinqüenta e sete mil, cento e treze cruzeiros e noventa e nove centavos).”

Do exposto, conclui-se que, em nenhum momento, em 1ª grau, foram discutidos aspectos referentes à incidência de correção monetária e juros quanto ao período de 30 de janeiro de 1990 até 5 de março de 1990, data do depósito.

A leitura integral da contestação do Banco Central, ao responder à ação de consignação em pagamento, atesta o acima afirmado. Reforça esse entendimento a fundamentação e conclusão da sentença (fls. 105/124).

A lide passou, em seqüência, a ser apreciada em grau de apelação.

O recurso interposto pela parte-vencida e as contra-razões do Banco Central, em nenhuma oportunidade dos fundamentos desenvolvidos discutiram a questão da correção monetária e dos juros referentes ao período de 30 de janeiro de 1990 ao dia 5 de março do mesmo ano.

A apelação foi provida em 2ª grau.

O acórdão respectivo não tratou da correção monetária e dos juros referentes ao período já indicado, isto é, 30 de janeiro de 1990 até 5 de março de 1990.

Confira-se o afirmado pelo aresto em questão, na sua parte conclusiva (fls. 175/176):

“Conseqüentemente, concluo que o contrato e o padrão monetário nele estipulado cede ao índice superveniente, sendo imperativo de justiça observar-se a nova norma monetária.

Contudo, a posição do Bacen em manter livre o reajuste monetário no que diz respeito ao índice, reportando-se à legislação estranha à avença, para assim pretender inserir no contrato, como sendo índice oficial de inflação, indexador de remuneração de capital, de custo do dinheiro, não pode merecer aplausos e sim repúdio.

É preciso que se entenda que o Autor, ora apelante, não tomou das reservas monetárias dinheiro para com ele operar no mercado. Observe-se que, quando realizou o mútuo, já estava o Comind com as suas atividades paralisadas, por força da intervenção.

O empréstimo foi tomado para serem pagos os credores do conglomerado que quebrava, literalmente. Daí não ser possível, segundo entendo, dentro de uma visão sociológica e que se coloca ao lado e em sintonia com a interpretação jurídica do contrato, inserir-se no contexto a LFT – Letra Financeira do Tesouro.

Por último, é preciso que se teça algumas considerações sobre o depósito, porque já assentado que o índice a ser aplicado é exatamente o indicado pelo Comind – autor.

O depósito oferecido, segundo indicado, obedeceu ao cálculo do índice proposto OTN/BTN e a sentença não questionou a sua insuficiência, ou sequer alegou o Bacen tal aspecto, limitando-se a discutir a não-aplicabilidade do índice.

Da contestação extraio os seguintes trechos:

‘Ante o exposto, é de reconhecer que a recusa do Banco Central do Brasil em receber e dar quitação foi justa, exatamente porque a pretensão da Autora não se adequava aos termos do contrato firmado entre as partes.

.....

Não havendo provas a produzir, por se tratar de questão eminentemente de direito, requer também, o julgamento antecipado da lide, com fundamento no art. 330, I, do CPC' (fl. 112).

Conseqüentemente, a contestação e a sentença aceitaram que o depósito, pelo valor oferecido, se correto fosse o índice, era suficiente. E como correto foi o índice adotado pelo Recorrente, está o depósito apto a ensejar a quitação.

Com estas considerações, dou provimento ao apelo para julgar procedente o pedido e declarar quitada a dívida pela oferta do valor consignado.

Fica invertida a sucumbência.”

O Banco Central do Brasil impugnou o mencionado acórdão pela via do recurso especial (fls. 187/223), alegando, unicamente, violação ao art. 6º do Decreto-Lei n. 2.376/1987.

Da referida peça recursal destaco (fls. 195/196):

“Como já foi dito, o v. acórdão recorrido contrariou o disposto no citado Decreto-Lei n. 2.376/1987, cujo art. 6º determinou que, não sendo divulgados pelo Banco Central do Brasil os valores dos rendimentos produzidos pela Letra do Banco Central – LBC, as obrigações sujeitas, legal ou contratualmente, a reajuste monetário ou de preços, calculado com base em tais rendimentos, seriam reajustadas tendo por referência os rendimentos proporcionados segundo idênticos critérios pelas Letras Financeiras do Tesouro.

Ao entender aplicável ao débito do Recorrido índice diverso daquele que lei federal determinou, a r. decisão **a quo** ensejou o cabimento do recurso especial, devendo ser, portanto, reformada.

Assim, forçoso concluir que a quantia ofertada pelo Recorrido para quitar o seu débito, tendo sido corrigida segundo índice diverso do previsto em lei, é menor do que a realmente devida. Justa, portanto, a recusa do Banco Central do Brasil em receber e dar quitação exatamente porque a pretensão do Recorrido não se adequava aos termos do contrato firmado entre as partes.

Tendo sido justa a recusa, por esse motivo, há de se entender que o depósito realizado é insuficiente, haja vista que somente o efetuado,

considerando a variação das LBCs/LFTs no período, será apto a extinguir a obrigação.

Pelo exposto, estando perfeitamente demonstrado o cabimento do presente recurso, espera o Recorrente que o apelo seja admitido, para que esse colendo Superior Tribunal de Justiça reforme a decisão proferida pelo colendo Regional **a quo**, julgando improcedente o pedido formulado na inicial, por ser medida de direito e de *justiça*.”

O recurso especial não foi admitido pelo Presidente do Tribunal **a quo**, sob as alegações de que havia pretensão de interpretação de cláusula contratual e ausência de prequestionamento da matéria federal alegada como violada.

A decisão que inadmitiu o recurso especial foi confirmada em sede de agravo de instrumento (fl. 225).

O acabado de ser descrito configura o panorama processual que resultou no acórdão que se pretende rescindir.

Em síntese: na lide discutiu-se, unicamente, se o débito da ora recorrida até a data de 30.1.1990, devia ser corrigido pelos índices de variação nominal das OTNs/BTNs ou pelos das LFTs – Letras Financeiras do Tesouro.

Conforme já assinalado, o acórdão rescindendo entendeu que a correção monetária a ser aplicada era a representativa dos índices da variação nominal das OTNs/BTNs. Em face desse entendimento, julgou procedente a ação de consignação em pagamento e considerou que, até a data de 30.1.1990, conforme cálculos apresentados pela Recorrida, a sua obrigação estava extinta. Aplicou verba honorária.

É essa decisão que o Banco Central pretende rescindir. Para tanto, alega, repito, que o acórdão violou os arts. 485, V, § 1^a e IX, § 2^a, CPC, artigo 1^a, Lei n. 6.899/1989, arts. 131, 302, I, parágrafo único; 319; 320, II; 351 e 897, CPC.

O 2^a grau repeliu a súplica rescisória, conforme já informado.

O exame dos acontecimentos processuais e da aplicação do direito material, solucionados pelo acórdão recorrido, conforme exposto em sede de ação rescisória, firma convencimento, em meu juízo, no sentido que o recurso especial do Banco Central não merece provimento.

Essa convicção decorre, primeiramente, da posição de vinculação que adoto ao entendimento jurisprudencial de que o recurso especial contra

acórdão proferido em ação rescisória tem campo limitado de atuação, haja vista só ser possível discutir-se, em seu âmbito, violações aos arts. 485 a 495 do CPC.

Nesse sentido proclamam os acórdãos seguintes:

“para que se abra ensejo à via especial, deve-se questionar a respeito da transgressão aos artigos do Código de Processo Civil referentes à demanda rescisória (485 a 495), e, não aos dispositivos legais que serviram de suporte à causa de pedir específica de tal ação, sob pena de se transformar a via rescisória em reiteração da ordinária” (RSTJ 82/219 e 96/304). No mesmo sentido: RSTJ 15/314, 66/221, 75/214, 89/266, 95/283, 106/345. Confira-se a alegação de fls. 717/738:

‘Como se observou no preâmbulo da presente contrariedade, em se tratando de recurso especial contra acórdão que julgou ação rescisória, o cabimento, pela alínea **a** do permissivo constitucional há de demonstrar-se mediante imputação, ao juízo, positivo ou negativo, de rescisão de negativa de vigência à lei federal.

Inidôneas, portanto, para franquear acesso à via impugnativa excepcional, alegações de ofensa à legislação nacional pela decisão rescindenda. Fora diferente, e não haveria distinção alguma entre ação rescisória e recurso especial, o que constitui clamorosa absurdez, já que ambos têm cabimento e limites cognitivos totalmente distintos. É o que proclama, com constância, a jurisprudência, notadamente a do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

(a) *REsp n. 7.282, Quarta Turma, Relator Ministro Athos Carneiro, in DJ de 3.2.1992, p. 468:*

‘Recurso especial em ação rescisória. O recurso especial não dá ensejo ao reexame dos fatos nem é instância simplesmente revisora do aresto proferido na demanda rescisória.

Malgrado a eventual relevância da matéria de fato invocada na demanda rescisória, se o apelo especial não aponta especificamente os dispositivos de lei federal que teriam sido contrariados, nem indica os paradigmas nos termos previstos regimentalmente, dele não se pode conhecer.

Recurso especial não conhecido.’

(b) *AgRg no Ag n. 42.725, Quarta Turma, Relator Ministro Dias Trindade, in DJ de 13.12.1993, p. 27.472:*

‘Processual Civil. Honorários de advogado. Ação rescisória.

Não cabe recurso especial com fundamento idêntico ao da ação rescisória, julgada improcedente pelo acórdão recorrido, que, segundo os fatos da causa, teve por correta a fixação de honorários de advogado, por ausente condenação.’

(c) *REsp n. 59.486, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, in DJ de 27.11.1995, p. 40.893:*

‘Ação rescisória. Recurso especial. Violação à lei.

Não cabe recurso especial para renovar o exame da alegada violação à lei, que teria sido cometida no acórdão rescindendo.

Precedentes do STJ.

Recurso não conhecido.’

(d) *REsp n. 5.474, Quarta Turma, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, in DJ de 9.6.1997, p. 25.540:*

‘Processual Civil. Recurso especial em ação rescisória.

Ausência de ofensa à literal disposição de lei. Fundamento da decisão não infirmado. O recurso especial, lançado contra **decisum** que julgou improcedente ação rescisória por não constatar contrariedade à literalidade de lei, deve demonstrar ofensa ao art. 485, V, do CPC, e não apenas atacar os fundamentos da decisão rescindenda.

Recurso especial não conhecido.’

(e) *REsp n. 1.818, Terceira Turma, Relator Ministro Nilson Naves, in DJU de 16.4.1990, p. 2.876:*

‘Recurso especial. Julgamento. I. O recurso extraordinário transformado em recurso especial depende da arguição de relevância quanto ao tema infraconstitucional, na hipótese não compreendida no art. 325, itens I a X, do

REGSTF. 2. *Em caso de ação rescisória, o recurso há de ater-se aos pressupostos desta, de modo específico, vale dizer, o fundamento do recurso há de estar conjugado com os arts. 485 a 495 do Código de Processo Civil.* 3. Coisa julgada. Inocorrência da apontada ofensa. 4. Recurso especial não conhecido.’ (grifou-se).

(f) REsp n. 1.991, Terceira Turma, Relator Ministro Gueiros Leite, *in DJU de 6.8.1990, p. 7.332:*

‘Recurso especial. Em ação rescisória julgada inadmissível o recurso especial deve enfrentar a questão da inadmissibilidade da ação rescisória e não os fundamentos do acórdão rescindendo. Recurso não conhecido.’

(g) REsp n. 9.820, Terceira Turma, Relator Ministro Waldemar Zveiter, *in DJU de 1.7.1991, p. 9.195:*

‘Processual Civil. Rescisória. Recurso especial. Erro de fato. Coisa julgada. Matéria de prova.

I – No especial postulado contra rescisória, inviável é reexame de matéria de fundo porque, além de constituir fundamento da rescisória, também consubstancia questões objeto de apreciação da ação que se desconstituiu.

II – Especial não é via apropriada para revolver provas.

III – Recurso não conhecido.’

(h) REsp n. 11.467, Segunda Turma, Relator Ministro Américo Luz, *in DJU de 11.11.1991, p. 16.141:*

‘Ação rescisória. Fundada em literal violação a dispositivo de lei. Improcedência. Recurso especial.

– Na hipótese de recurso especial em ação rescisória, o que se deve examinar é o acerto do acórdão ao declarar inexistentes a ofensa a literal preceito de lei e a coisa julgada, bem como ao decidir que não cabe invocar erro de fato sobre matéria não examinada pelo acórdão que se quer rescindir. *Não cabe, porém, examinar, como quer a recorrente,*

se o próprio acórdão ofendeu tais normas, pois seria considerar a via rescisória como mera reiteração da via originária, o que ela evidentemente não é. – Recurso não conhecido. (grifou-se).

(i) REsp n. 9.241, *Quarta Turma, Relator Ministro Fontes de Alencar, in DJU de 29.8.1994, p. 22.200:*

‘Recurso especial em ação rescisória.

O recurso especial em ação rescisória há de combater o que na rescisória ocorreu e não o que se verificara na decisão rescindenda.

Recurso não conhecido.’

(j) REsp n. 35.478, *Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, in DJU de 20.2.1995, p. 3.188:*

‘Recurso especial. Ação rescisória.

Violação à literal disposição de lei.

A violação à lei, que serve para fundamentar recurso especial, deve ter sido cometida pelo acórdão recorrido proferido na ação rescisória, e não pelo julgado rescindendo, que ensejou, no seu devido tempo, o recurso extraordinário então cabível, não conhecido por inexistência de ofensa a lei. Outra matéria de prova não examinável.

Divergência jurisprudencial não demonstrada.

Recurso não conhecido.’

(k) AgRg no Ag n. 55.292, *Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, in DJU de 13.3.1995, p. 5.307:*

‘Recurso especial. Ação rescisória.

O recurso especial interposto de julgamento proferido em ação rescisória limita-se ao exame da violação da lei ou divergência de jurisprudência, na interpretação de disposições legais que permitiram ao juiz proferir o julgamento de improcedência do pedido rescisório, excluído do seu âmbito o reexame da alegada violação praticada na sentença que se quer rescindir.’

(l) *REsp n. 36.628, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, in DJU de 13.3.1995, p. 5.301:*

‘Recurso especial. Ação rescisória.

O recurso especial de acórdão proferido em ação rescisória deve versar especificamente sobre a aplicação das normas reguladoras da ação, seus pressupostos e procedimento, vedado o retorno aos temas ligados aos defeitos encontrados no processo onde proferida a sentença que se quer rescindir, uma vez que, tal acontecendo, estaria sendo criada uma segunda oportunidade para o exame das matérias apreciáveis em recurso que deveria ter sido interposto, enquanto tramitava o processo originário, antes do trânsito em julgado da sentença rescindenda.’

(m) *AgRg no Ag n. 62.234, Quinta Turma, Relator Ministro Jesus Costa Lima, in DJU de 8.5.1995, p. 12.420:*

‘Processual. Recurso especial. Pressupostos de admissibilidade.

O recurso especial interposto de julgado proferido em ação rescisória deve insurgir-se contra a decisão aí proferida e não discutir o que foi decidido na apelação. Demais disso, matéria de prova discutida e avaliada na instância ordinária não pode ser avaliada nesta Instância Especial. O precedente do STJ não guarda identidade com a hipótese factual discutida na ação rescisória.’

(n) *REsp n. 9.837, Segunda Seção, Relator Ministro Nilson Naves, in DJU de 15.5.1995, p. 13.353:*

‘Ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil. Improcedência. Interposição do recurso especial. Cabimento deste.

Em caso de rescisória, o recurso especial deve limitar-se aos pressupostos dessa ação, e não se dirigir ao acórdão rescindendo.

Caso em que, no fundo, o recorrente ataca não o acórdão proferido no julgamento da rescisória mas, sim, o

ato judicial, cuja desconstituição está postulando. Falta de cabimento do especial, daí não ter sido o recurso conhecido.’

(o) *AgRg no Ag n. 51.135, Quarta Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, in DJU de 19.6.1995, p. 18.709:*

‘Agravo regimental. Ação rescisória. Recurso especial. Pressupostos.

– Agravante que deixa de impugnar o fundamento primordial expandido pela decisão agravada.

– Conforme assentou a egrégia Segunda Seção do STJ, ‘em caso de ação rescisória, o recurso especial deve limitar-se aos pressupostos dessa ação, e não se dirigir ao acórdão rescindendo’ (REsp n. 9.837-0-SP).

– Pretensão, ademais, de reexaminar matéria probatória (Súmula n. 7-STJ).

Agravo improvido.’

(p) *REsp n. 46.178, Quarta Turma, Relator Ruy Rosado de Aguiar, in DJU de 27.5.1996, p. 17.870:*

‘Recurso especial. Ação rescisória.

Descabe recurso especial de julgamento que deu pela improcedência de ação rescisória, fundada no artigo 485, V, do CPC, se o recorrente limita a sua argumentação na ofensa à lei que teria sido cometida pelo acórdão rescindendo.

Precedentes do STJ.

Recurso não conhecido.’

(q) *REsp n. 23.466, Quarta Turma, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, in DJU de 2.9.1996, p. 31.083:*

‘Processual Civil. Recurso especial em ação rescisória. Ausência de ofensa a literal disposição de lei. Fundamento da decisão não infirmado.

O recurso especial, lançado contra **decisum** que julgou improcedente a ação rescisória, por não constatar

contrariedade à literalidade de lei, deve demonstrar ofensa ao art. 485, V, do CPC, e não apenas atacar os fundamentos da decisão rescindenda.

Recurso especial não conhecido.’

(r) *AgRg no Ag n. 95.436, Quarta Turma, Relator Ministro Fontes de Alencar, in DJU de 31.3.1997, p. 9.634:*

‘Agravado do art. 545 do CPC.

– Julgada improcedente a ação rescisória, inadmissível o recurso especial em que se pretenda reexaminar o mesmo argumento de ofensa a literal disposição de lei.

– Recurso denegado.’

(s) *REsp n. 85.035, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, in DJU de 28.4.1997, p. 15.811:*

‘O recurso especial intentado contra acórdão em ação rescisória tem seu exame vinculado, apenas, aos pressupostos da referida ação e aos efeitos daquele, se reconhecidos presentes.’

(t) *REsp n. 41.619, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, in DJU de 12.5.1997, p. 18.805:*

‘Processo Civil. Recurso especial em ação rescisória. Falta de intervenção do Ministério Público. Nulidade. Pressupostos.

Violação a literal dispositivo de lei. Precedentes da Turma e da Corte Especial. Não-conhecimento.

– Para que se abra ensejo à via especial, deve-se questionar a respeito da transgressão aos artigos do Código de Processo Civil referentes à demanda rescisória (485 e 495), e não aos dispositivos legais que serviram de suporte à causa de pedir específica de tal ação. Em outras palavras, a vulneração à lei, na esfera do recurso especial, deverá ter ocorrido no acórdão impugnado, proferido na ação rescisória, e não no acórdão rescindendo, sob pena de se

transformar a via rescisória em reiteração da ordinária, contemplando a parte com duas vias excepcionais para impugnar uma mesma situação, o que não se mostra razoável e atrita com os escopos da lei.’

(u) *AgRg no Ag n. 106.948, Quarta Turma, Relator Ministro Fontes de Alencar, in DJU de 28.4.1997, p. 15.877:*

‘– Aos autores da ação rescisória não é dado reproduzir, como do recurso especial, os fundamentos da própria ação. Direito federal não contrariado.

– Agravo denegado.

Unânime.’

(v) *REsp n. 23.204, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, in DJU de 25.8.1997, p. 39.373:*

‘Ação rescisória. Recurso especial. Violação à letra da lei. Documento novo.

1. Não se conhece de recurso especial onde se alega que o acórdão rescindendo teria violado a lei, uma vez que esse tema foi ou deveria ter sido objeto de recurso interposto do acórdão rescindendo.

2. Servindo o documento agora apresentado apenas para afastar um dos argumentos aduzidos no acórdão rescindendo, não pode ele servir de base para a ação rescisória (art. 485, VII, CPC) de acórdão que se sustém em outro fundamento, só por si suficiente.

3. Ademais, admitido no acórdão que o documento já existia ao tempo da ação principal e não fora utilizado por negligência da autora, há matéria de fato que impede o conhecimento do especial (Súmula n. 7-STJ).

Precedentes.

Recurso não conhecido’.”

Guardando fidelidade a esse posicionamento jurisprudencial, considere, em referência ao recurso especial em exame, ser impossível emprestar-lhe conhecimento, pela alegada violação ao art. 1º da Lei n. 6.899/1989,

aos arts. 131, 302, I, parágrafo único; 319, 320, II; 351 e 897 do CPC, e, ainda aos arts. 20, § 4^a, e 896, IV, CPC, bem como aos arts. 972 e 974 do Código Civil.

Remanesce, conseqüentemente, para exame, a fundamentação do recurso especial no sentido de que houve violação aos arts. 535, II, e 485, V e IX, §§ 1^a e 2^a, do CPC.

No tocante a ter sido violado o art. 535, II, do CPC, o meu voto é acompanhando o do Relator, pelo que nego provimento ao recurso. Conforme anotou o eminente Relator, as postulações formuladas pelo Recorrente foram devidamente apreciadas, oferecendo-se, bem ou mal, mal ou bem, a prestação jurisdicional buscada.

O recurso especial do Banco Central alega, na parte que aponta violação ao art. 535, II, do CPC, o seguinte (fls. 644/646):

“Nos embargos declaratórios de fls. 610/617, demonstrou o Recorrente a omissão ocorrida no julgamento da infringência, a respeito de pontos relevantes para a solução da lide, dentre os quais sobrelevam os seguintes:

(I) Ao julgar improcedente a rescisória, em razão da omissão da defesa do Banco Central, não está o r. acórdão embargado contrariando o art. 485 do CPC, cuja interpretação pretoriana, fundamentada até em súmula do STF (514), dispensa o prequestionamento e o esgotamento de todos os recursos cabíveis?

(II) Ao julgar improcedente a rescisória, porque ‘a Turma não disse que o pagamento a menor extingue a obrigação’, o r. acórdão proferido na rescisória não violou o art. 485, V, do CPC, tendo em vista a melhor interpretação do dispositivo, segundo a qual a violação a literal disposição de lei pode ser ‘inexpressa, inconsciente, dissimulada, ocultada, velada, disfarçada’?

(III) Ao condenar o Banco Central a pagar, a título de honorários de sucumbência nesta ação rescisória, 5% sobre o valor da causa, o que corresponde à exorbitante quantia de R\$ 15.482.082,18, o v. acórdão de fls. 390/418 não violou os §§ 3^a e 4^a do art. 20 do CPC, considerando que esse valor está muito acima do que se pode considerar ‘equitativo’, segundo a ‘equidade jurídica’ (objetiva e não-arbitrária), e tendo em vista a jurisprudência colacionada sobre o tema?

O pedido de declaração foi rejeitado, sob o fundamento de que inexisteriam as omissões apontadas. Com relação ao item III supra,

afirmou-se que a matéria só teria sido suscitada nos embargos declaratórios, **verbis**:

‘Demais disso, o aspecto dos honorários advocatícios, *suscitados nestes embargos*, não pode, aqui, ser apreciado e julgado, porquanto, na hipótese, inexistiu omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada’ (fl. 626 – destacou-se).

Não procede a afirmativa. Nas razões dos embargos infringentes, o tema foi objeto de tópico específico, **verbis**:

‘113. Por fim, pelas mesmas razões acima expostas, o v. acórdão embargado também violou, ele próprio, o § 4º do art. 20 do CPC, ao condenar o Banco Central a pagar, a título de honorários de sucumbência nesta ação rescisória, 5% sobre o valor da causa, o que corresponde à exorbitante quantia de R\$ 15.482.082,18. Esse valor está muito acima do que se pode considerar ‘equitativo’, razão porque a r. decisão embargada viola o § 4º dos precedentes jurisprudenciais acima colacionados, especialmente do seguinte acórdão, que não admite a fixação de honorários com exagero:

‘A regra do art. 20, § 3º, há de ser temperada no seu rigor, em cada caso, sob pena de os honorários advocatícios serem fixados com exagero, como que a administração da Justiça faltaria ao seu objetivo primordial e à própria seriedade de seus julgamentos (Ap n. 270.205, 1ª TACSP)’ (fls. 50/51).

Evidente, portanto, que o r. acórdão proferido nos embargos infringentes incorreu em omissão sobre pontos a respeito dos quais devia pronunciar-se, omissão esta não suprida no julgamento dos embargos de declaração, razão porque postula o Recorrente o provimento do recurso especial, em face da manifesta ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil.”

Os assuntos jurídicos supramencionados foram apreciados e julgados pelo Tribunal **a quo**, inexistindo qualquer omissão. O reconhecimento dessa circunstância foi declarada pelo eminente Relator e está harmônica com o conteúdo das razões do acórdão recorrido.

Tenha-se em consideração que o aresto recorrido reconheceu não ter o Banco Central, em nenhum momento da defesa e dos recursos apresentados, reivindicado que o depósito efetuado pela Empresa-recorrida era incompleto porque não contemplava a correção monetária e os juros devidos do período compreendido entre 30 de janeiro de 1990 e 5 de março de 1990.

A discussão sobre esse tema foi apreciada pelo acórdão de modo amplo, pelo que não há a omissão apontada.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso pela alegada violação ao art. 535, II, do CPC, acompanhando o eminente Relator.

Aprecio, agora, o questionado art. 485, V e IX, §§ 1^a e 2^a, do CPC.

A respeito da função desenvolvida pelo art. 485, V, do CPC, como causa positiva para o acolhimento de ação rescisória, a doutrina e a jurisprudência têm assentado o que sintetizo:

a) a injustiça da decisão, a má apreciação da prova e a errônea interpretação do contrato não autorizam a ação rescisória (RTJ 125/928, RT 541/236, 623/68, 707, 139, 711/142, 714/177, conforme anota **Theotonio Negrão**, p. 484, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 31^a ed.);

b) só terá êxito a rescisória com fundamento no art. 485, V, do CPC, se a interpretação dada à lei pelo **decisum** rescindendo “seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade” (RSTJ 93/416);

c) não há aplicação do art. 485, V, do CPC, quando o acórdão rescindendo, dentre as interpretações cabíveis, escolhe uma delas e não se afasta da literalidade do texto legal (RSTJ 40/17);

d) incabível ação rescisória com base no art. 485, V, do CPC, se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação do tema jurídico não-constitucional por ela abordado era controvertida nos Tribunais (Súmula n. 343, STF);

e) a aplicação do art. 485, V, do CPC, refere-se ao **decisum** que viola tanto lei de direito material, como de direito processual;

f) se a decisão rescindenda tem dois fundamentos, só poderá vingar se for procedente em relação a ambos (AR n. 75-RJ, Segunda Seção, STJ);

g) o requisito do prequestionamento não se aplica à rescisória, pelo que é indiferente que a lei tenha sido invocada ou não no processo principal (RTJ 97/699);

h) se a prescrição não foi agitada no juízo da ação ordinária, não é possível fazê-lo em rescisória (RT 488/145, AR n. 425-RJ (TFR), RT 478/137, 488/145);

i) “O que o art. 485, V, do CPC, reclama para a procedência da rescisória é que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da causa (portanto, ao fazer incidir sobre o litígio norma legal escrita) tenha violado seu sentido, seu propósito: sentido e propósito que, como não pode deixar de ser, admitem e até mesmo impõem variada compreensão do conteúdo do imperativo legal, ao longo do tempo e ao sabor de circunstâncias diversas da ordem social, que a jurisprudência não pode simplesmente ignorar ou mesmo negligenciar” (RSTJ 27/247).

O quadro composto e acima explicitado não favorece ao Recorrente para ver discutida em sede de recurso especial contra acórdão que julgou improcedente ação rescisória, violação ao art. 485, V, do CPC.

Merece destacar, em linha de comando maior, o fato já assinalado e comprovado de que, em nenhum instante, no curso da ação de consignação em pagamento, a ação principal, discutiu-se sobre os valores correspondentes ao período de 30.1.1990 a 5.3.1990.

Registre-se, novamente, a constatação de que a Recorrida, quando interpôs a ação de consignação em pagamento, o fez tomando por base débito que entendia de sua responsabilidade, considerando valores calculados até a data de 30.1.1990.

A quantia oferecida correspondia à dívida até esse período e, dentro desse limite temporal, foi impugnada pelo Banco Central quando contestou, quando apelou e quando interpôs recurso especial.

No curso da ação principal, quer em 1ª instância, quer em 2ª grau, quer na fase do recurso especial interposto, não houve presença do fato relativo aos juros e à correção monetária do período de 30 de janeiro de 1990 a 5 de março de 1990.

Por esses fatos não terem sido submetidos ao julgador, este não emitiu nenhum pronunciamento sobre eles e, conseqüentemente, não aplicou qualquer dispositivo legal.

Impossível, portanto, em juízo rescisório pretender-se abrir espaço para litigar sobre fato não apreciado na ação principal.

Embora extrapole os limites dos debates sobre o presente recurso especial, convém lembrar que, a ação de consignação em pagamento motivadora, à distância, do presente especial foi apresentada em juízo em

data de 30.1.1990. Na época, estava vigorando o art. 893 do CPC, do teor seguinte:

“Na petição inicial, o autor requererá a citação do réu para em lugar, dia e hora determinados, vir ou mandar receber a quantia ou a coisa devida, sob pena de ser feito o respectivo depósito.”

Assim foi procedido, conforme pode ser constatado às fls. 23/53 dos autos.

O regime processual até então vigente era diferente do hoje determinado para o rito da referida ação, quando o autor-consignante está obrigado a efetuar o depósito pretendido no prazo de cinco dias, a partir do deferimento do seu pedido.

Cumprindo o ritual estabelecido, na época, para a ação de consignação em pagamento, a Empresa-recorrida, autora naquela ação, em dia, hora e local determinados pelo juiz, depositou a importância que entendia devida até a data de 30.1.1990, tudo corrigido monetariamente.

Tenho como importante ressaltar, mesmo que esteja repetindo afirmações anteriores, que o pedido da ação de consignação em pagamento expressa, de modo muito claro, que os cálculos apresentados e o valor depositado referem-se ao débito até 30.1.1990, conforme já noticiado e atestado pelo registro do inteiro teor da parte final do que consta na petição inicial (fls. 34/35). Logo, não houve, reafirme-se, em 1ª e em 2ª graus, qualquer discussão a respeito de dívida da parte-consignante entre 30.1.1990 e 5.3.1990, datas posteriores ao depósito.

A certeza dos limites impostos pelos fatos era tão forte, no aspecto temporal, que o Banco Central, conforme já lembrado, em nenhuma fase da lide consignatória abriu qualquer debate sobre débito da Recorrida em tal período.

Pergunta-se, então: é possível, em sede de ação rescisória, tratar-se de fato não apreciado na ação principal? Suporta a ação rescisória análise de situação de fato e jurídica não discutida e não julgada na ação principal?

A resposta que tenho é pela negativa, em face da própria natureza jurídica da ação rescisória. Em nenhuma hipótese ela pode ser transformada ou assemelhada em ação ordinária, colocando-se nela fato que não foi discutido na ação principal.

A sua vinculação aos fatos postos na ação principal é de natureza absoluta. A eles não pode impor restrições, nem ampliações. Cabe-lhe, apenas,

examinar se, em decorrência dos fatos tornados concretos na ação principal, apreciados e julgados por sentença trânsita em julgado, o pronunciamento judicial ocorreu com ou sem as máculas do art. 485 e seus incisos, do CPC.

Só isso, nada mais do que isso.

Não há que se falar, *data vênia*, do depósito não-integral na hipótese examinada. Até a data de 30.1.1990, o depósito foi integral. Se o Banco Central entende que, ainda, tem direito à correção monetária e juros de período posterior ao dia 30.1.1990, que promova as medidas judiciais cabíveis.

É importante, em face da discussão instaurada na presente rescisória, que se consolide esse entendimento. A parte-consignante, de modo expresso, declarou que estava depositando valores que entendia devidos, depois de atualizados, até 30.1.1990. O Banco Central aceitou, livremente, discutir o débito, defendendo a aplicação de índices outros para fins de correção monetária, tão-somente, até 30.1.1990.

Como, em sede de ação rescisória, pretender-se julgamento sobre o período de 30.1.1990 ao dia 5.3.1990?

Mesmo que tais parcelas sejam acessórias do débito principal, evidencia-se, a meu juízo, a impossibilidade jurídica desse proceder, **data venia**.

Trago, ainda, para debate, em acréscimo ao já afirmado, questionamentos a respeito dos limites do julgamento da rescisória.

A doutrina e a jurisprudência têm, de modo uníssono, afirmado que, em juízo rescisório, não é possível ser concedido mais do que foi discutido na ação de origem.

É, por exemplo, entre tantos outros, o que ficou decidido pelo STJ, Terceira Turma, nos EDcl no REsp n. 10.075-ES, Rel. Min. Dias Trindade, julg. em 12.8.1991, DJU de 9.9.1991, p. 12.199:

“Não é rescindível sentença para se dar mais do que foi pedido na ação de origem.”

A pretensão do Banco Central, no recurso em exame, tenha-se em atenção, não é rediscutir o índice escolhido pelo acórdão rescindendo a ser aplicado, a título de correção monetária, ao débito calculado até 30.1.1990. Visa à pretensão amplamente diferente. Aceita o índice posto na decisão. Quer, porém, que lhe sejam pagas as quantias de correção monetária e juros

de 30.1.1990 a 5.3.1990, quantias que não reclamou na ação de consignação em pagamento. Ora, como visto, a ação rescisória em exame está atuando como uma ação de cobrança do Banco Central contra a Empresa-recorrida. Pretende, portanto, que lhe seja dado muito mais do que pediu que lhe fosse reconhecido na contestação. Nesta, o Banco Central pediu, apenas, que os índices de correção monetária a serem aplicados devam ser os da variação nominal de suas Letras Financeiras. Não foi além desse pedido, nada mais impugnou. Em tais limites há de permanecer a lide, atingida pelo fenômeno da coisa julgada.

Abro, também, espaço para analisar a aplicação, ao caso concreto, do art. 485, IX, do CPC, que permite a rescisão do julgado quando fundado em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

O erro de fato, para fins de ação rescisória, está conceituado no § 1º do art. 485, IX, do CPC, como ocorrendo quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

Exige-se, ainda, que, para a sua apreciação, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

No recurso especial em exame, não se tem como configurada a prática de qualquer erro de fato que o acórdão rescindendo tenha praticado.

Faço essa afirmação, em face do **decisum** rescindendo não ter, expressamente, admitido qualquer fato inexistente, ou considerado inexistente fato que ocorreu.

Não admitiu o que inexistia, nem considerou inexistente o existente, porque, em nenhum momento, pronunciou-se sobre o possível débito da Empresa-recorrida quanto ao período de 30 de janeiro de 1990 a 5 de março de 1990.

Para configurar-se a aplicação do art. 485, IX, do CPC, no caso em julgamento, teria o acórdão admitido que a Empresa-recorrida tinha débito para com o Banco Central no período de 30.1.1990 a 5.3.1990, quando esse fato inexistia, ou, de modo contrário, ter reconhecido como inexistente esse débito, em tal período, quando ele existia.

Houve silêncio total da sentença sobre qualquer uma dessas situações, o que afasta, por completo, a aplicação do art. 485, IX, do CPC.

Por último, chamo à meditação o alcance do art. 485, V, do CPC.

No recurso em apreciação, afirma o Banco Central que o **decisum** rescindendo violou literalmente disposição de lei.

Pergunta-se: como pode o acórdão ter violado literalmente os dispositivos levantados pelo Banco Central se, primeiramente, não havia, na lide, qualquer fato a eles vinculado e, em segundo lugar, se a eles não se referiu?

É possível a violação literal de dispositivo legal, por **decisum**, quando inexistente fato discutido na lide a ele referente para sua aplicação?

É possível decisão judicial violar literal disposição de lei que por ela não foi aplicada?

A minha resposta é pela negativa.

É, como penso, o caso dos autos.

Os arts. 1^a da Lei n. 6.899/1989, 131, 302, I, parágrafo único; 319, 320, II; 351, 896, IV, e 897 do CPC, e 972 e 974 do Código Civil, não tiveram a sua expressão literal violada pelo acórdão rescindendo porque inexistia fato na lide correspondente ao alcance dos mesmos e, por isso, não foram abordados pelo julgador.

No particular, resgite-se o meu posicionamento na linha de que, para fins rescisórios, não há necessidade de prequestionamento. Certo. Há, porém, necessidade da existência de fato na lide principal e que sobre tal tenha se proferido decisão.

Repito: na ação principal, cuja decisão pretende-se rescindir, incorre presença do fato suscitado na ação rescisória como causa determinante do seu êxito. Alegação de que há débito exigível no período de 30 de janeiro de 1990 a 5 de março de 1990.

Por fim, não vinga a posição da Recorrente de que os honorários advocatícios foram fixados com violação literal à legislação que aponta.

O acórdão rescindendo estipulou percentual que, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas da demanda, entendeu ser razoável para fins de sucumbência.

É definitiva essa decisão. Em sede de recurso especial, não pode ser revista, conforme preponderante jurisprudência sobre o tema.

Em face do exposto, com o meu pedido de vênias aos posicionamentos em contrário, conheço parcialmente do recurso, dando-lhe, na parte conhecida, improvidamento.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Falcão: O Tribunal Regional Federal da 1^a

Região julgou improcedente, por maioria de votos, a ação rescisória ajuizada pelo Banco Central do Brasil – Bacen, contra Comind – Participações S/A.

Inconformado, o Banco Central interpôs embargos infringentes, os quais foram rejeitados, provocando a interposição do presente recurso especial.

Distribuído para o ilustre Relator, o Ministro Milton Luiz Pereira, o mesmo, analisando o mérito da controvérsia, julgou o recurso parcialmente procedente.

Seguiu-se o pedido de vista do Ministro José Delgado, com pronunciamento pelo improvimento do recurso.

Após esta última manifestação, pedi vista do presente processo, a fim de analisar mais atentamente a matéria **sub examine**.

A presente demanda decorre do depósito efetuado pela Recorrida, via ação de consignação em pagamento, para pagamento de obrigação junto ao Recorrente.

Na oportunidade, o Recorrido depositou valor que representaria o total da dívida, corrigida pela variação das OTNs/BTNs.

O Recorrente, por sua vez, recusou-se a dar quitação, afirmando que somente a correção pela LBC/LFT (Letras do Banco Central/Letra Financeira do Tesouro) quitaria o débito remanescente.

A sentença do Juízo monocrático acolheu a tese do Bacen, enquanto que o voto do Tribunal Regional entendeu que o índice correto seria o apontado pelo Recorrido, declarando quitada a dívida pela oferta do valor consignado.

Tendo transitado em julgado esta última decisão, o Bacen tratou de ajuizar ação rescisória, argumentando que o acórdão em referência violou literal disposição legal, **in casu**, os arts. 972 e 974 do Código Civil, os quais infirmam a quitação de dívida realizada através de consignação, quando não se deposita o valor devido, ou não concorrem todos os requisitos para validar tal pagamento.

A desconstituição por estes fundamentos não obteve guarida no Tribunal **a quo**, tendo produzido o seguinte aresto, **verbis**:

“Processo Civil. Ação rescisória. Inocorrência de violação literal. Disposição de lei e de erro de fato. Verba honorária. Fixação em percentual na hipótese do § 4º do art. 20 do CPC.

I – Não há violação a literal disposição de lei (arts. 972 e 974 do Código Civil, e 896, inciso IV, do Código de Processo Civil), nem erro de fato na decisão que dá como suficiente, para efeito de pagamento do tributo, o depósito feito em ação de consignação em pagamento, se não foi alegada nem discutida a falta de correção monetária e de incidência de juros do período entre a data da propositura da ação e a data do efetivo depósito.

II – O § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil não proíbe a fixação dos honorários advocatícios em percentual.”

No presente recurso especial, o Recorrente afirma que o acórdão acima violou os arts. 131, 302, I, parágrafo único; 319, 320, 351, 485, V e IX; 535, II, e 897, todos do CPC.

O ilustre Relator, ao decidir a contenda, afastou a ocorrência de violação através dos arts. 302, 320, 535, II, e 131, todos do CPC.

Não obstante, apreciando a matéria delimitada, afeiçãoado à questão referente ao depósito integral exigido, concluiu, **verbis**:

“Viandante, na dimensão de todos os registros comemorados, são inafastáveis duas conclusões: o depósito não foi integral e, sob as brumas do julgado, alavancado na premissa de ‘fato não impugnado’ e louvando a presunção de veracidade do valor depositado, orientou-se por manifesto erro verificável por simples valoração do documento de fl. 53 e demais elementos do processo. À luz dessa compreensão, não houve compatibilização entre o julgado e a realidade das circunstâncias factuais e jurídicas envolvendo a demanda. É o mesmo que dizer que o aresto ignorou a necessidade da correção para a integralização do depósito, premiando o autor da consignatória com a quitação baseada em pagamento insuficiente.

Pelas ordenanças da exposição, prontifica-se o entendimento de que, configurado o ‘erro de fato’, ficou malferido o artigo 485, IX, § 1º, CPC. Todavia, como houve acumulação no pedido recursal, também soerguem-se as disposições do artigo 485, V, CPC, uma vez que os elementos demonstrando o ‘erro’, conjugados nas suas conseqüências, correspondem, em parte ou no todo ‘à violação de lei’ (arts. 972 e 974 e art. 1º Lei n. 6.899/1981).

Por fim, no referente ao artigo 20, § 4º, CPC, inequívoco que, em

simplesmente, ‘invertendo o ônus da sucumbência’, antes fixado em 20%, vencida autarquia federal, foram descortejadas as disposições do § 4º referido. Merece provimento o inconformismo, a fim de que os honorários adequem-se aos limites estadeados lealmente.

Tudo considerado, parcialmente, voto provendo o recurso, ficando reconhecido o direito à correção monetária correspondente ao período de 30.1.1990 a 5.3.1990 e, por óbvio, contados os juros devidos, complementando-se o valor exigível para o depósito e quitação. Os honorários serão fixados conforme disposto na motivação, em razão do provimento, ficando invertidos os ônus da sucumbência.”

Apesar do sólido juízo construído pelo Relator, peço vênica para expressar diferente entendimento, abordando, inicialmente, a admissibilidade do presente recurso através da violação do acórdão recorrido aos vários dispositivos legais invocados.

Compartilho da posição sufragada diversas vezes por este colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o recurso especial em ação rescisória deve ater-se aos dispositivos atinentes à demanda rescisória, em detrimento aos fundamentos que serviram de suporte ao acórdão rescindendo.

Neste diapasão, como bem ressaltou o ilustre Ministro José Delgado, alicerçado por inúmeros arestos desta Corte: “O recurso especial contra acórdão proferido em ação rescisória tem campo limitado de atuação, haja vista só ser possível discutir-se, em seu âmbito, violação aos arts. 485 a 495 do CPC”.

Consoante esta direção, remanesce pendente de análise e possível violação aos arts. 485, V e IX, §§ 1º e 2º, e 535, II, do CPC.

Em relação à violação ao art. 535 do CPC, verifico que não assiste razão ao Recorrente. O julgador fracionário não é obrigado a tecer considerações sobre todos os dispositivos legais trazidos à baila pelas partes, mas sim decidir a contenda nos limites da **litis contestatio**, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes ao tema e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto.

No tocante à matéria inculpada no art. 485, IV e IX, §§ 1º e 2º, do CPC, tenho que a violação vinculada aos arts. 972 e 974 do Código Civil, não guarda consonância com a hipótese dos autos.

Faz-se oportuno frisar que tanto a sentença singular, quanto o acórdão

recursal foram silentes a respeito da correção e juros devidos do período compreendido entre 30.1.1990 e 5.3.1990.

Na verdade, a discussão acerca da atualização pretendida simplesmente não existiu durante a ação principal.

Assim, não há como, em sede de ação rescisória, apreciar questão não avaliada no âmbito da **litis contestatio**.

Esta conclusão vem alinhada ao voto do Ministro José Delgado, o qual, sobre o ponto suso mencionado, argumenta, **verbis**:

“Tenho como importante ressaltar, mesmo que esteja repetindo afirmações anteriores, que o pedido da ação de consignação em pagamento expressa, de modo muito claro, que os cálculos apresentados e o valor depositado referem-se ao débito até 30.1.1990, conforme já noticiado e atestado pelo registro do inteiro teor da parte final do que consta na petição inicial (fl. 35). Logo, não houve, reafirme-se, em 1^a e em 2^a graus, qualquer discussão a respeito de dívidas da parte-consignante entre 30.1.1990 e 5.3.1990, datas posteriores ao depósito.

A certeza dos limites impostos pelos fatos era tão forte, no aspecto temporal, que o Banco Central, conforme já lembrado, em nenhuma fase da lide consignatória abriu qualquer debate sobre débito da Recorrida em tal período.

Pergunta-se, então: é possível, em sede de ação rescisória, tratar-se de fato não apreciado na ação principal? Suporta a ação rescisória análise de situação de fato e jurídica não discutida e não julgada na ação principal?

A resposta que tenho é pela negativa, em face da própria natureza jurídica da ação rescisória. Em nenhuma hipótese ela pode ser transformada ou assemelhada em ação ordinária, colocando-se nela fato que não foi discutido na ação principal.

A sua vinculação aos fatos postos na ação principal é de natureza absoluta. A eles não pode impor restrições, nem ampliações. Cabe-lhe, apenas, examinar se, em decorrência dos fatos tornados concretos na ação principal, apreciados e julgados por sentença trânsita em julgado, o pronunciamento judicial ocorreu com ou sem as máculas do art. 485 e seus incisos, do CPC.”

O fundamento acima afasta qualquer possível infringência ao artigo

485, V e IX, do CPC, em face da inviabilidade de se violar literal disposição de lei que não foi aplicada para a hipótese, ante à inexistência de fato jurígeno a ser apreciado, **in casu**, a atualização monetária pretendida para o período já referido.

Da mesma forma, inexistente erro de fato, uma vez que o acórdão recorrido não reconheceu qualquer fato inexistente e, também, não considerou inexistente qualquer fato efetivamente ocorrido, afastando, assim, as hipóteses descritas nos §§ 1^a e 2^a do inciso IX do art. 485, CPC.

Também não alcança melhor sorte, a meu sentir, a inconformação do Recorrente acerca da fixação de honorários advocatícios.

É que a fixação dos honorários advocatícios pelo acórdão rescindendo não deve sofrer intervenção na via do recurso especial, somente podendo ser modificada quando houver violação expressa de lei, o que não ocorreu para o caso em tela.

Tais as razões expendidas, nego provimento ao presente recurso.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O v. acórdão recorrido, que declarou improcedente ação rescisória, está resumido nestas palavras:

“I – Não há violação a literal disposição de lei (arts. 972 e 974 do Código Civil, e 896, inciso IV, do Código de Processo Civil), nem erro de fato na decisão que dá como suficiente, para efeito de pagamento do tributo, o depósito feito em ação de consignação em pagamento, se não foi alegada nem discutida a falta de correção monetária e de incidência de juros do período entre a data da propositura da ação e a data do efetivo depósito.

II – O § 4^a do art. 20 do Código de Processo Civil não proíbe a fixação dos honorários advocatícios em percentual.”

Em grau de embargos infringentes (rejeitados), este acórdão foi complementado, com as assertivas de que:

“1. Ação rescisória não é instância revisional. Nela, não se discute a justiça ou injustiça da decisão rescindenda.

2. Se o Judiciário, através da sentença transitada em julgado, disse

que a coisa depositada era devida, não se pode falar em violação a literal disposição de lei ou erro de fato.”

As ementas deixam bem claras algumas circunstâncias, a saber:

- a) o depósito não correspondeu ao valor corrigido da dívida;
- b) assim, não houve pagamento integral;
- c) no entanto, o autor da rescisória não levantou a questão, no processo pretérito;
- d) assim, o tema foi superado, transformando-se em coisa julgada.

No julgamento do recurso especial que desafia esses acórdãos formaram-se duas linhas de entendimento, a saber:

- a) aquela comandada pelo Relator, a dizer que ocorreu erro na proclamação de que o pagamento integral se consumara;
- b) a outra, que pode ser resumida nestas inspiradas perguntas, formuladas pelo Ministro José Delgado, em seu voto divergente:

“É possível, em sede de ação rescisória, tratar-se de fato não apreciado na ação principal? Suporta a ação rescisória análise de situação de fato e jurídica não julgada na ação principal? – Exímio cultor da maiêutica, o próprio Ministro responde negativamente a ambas indagações.”

As duas correntes reconhecem que o pagamento, sem integral ajuste monetário, foi insuficiente. Assim, a decisão que proclamou consumado o pagamento foi vítima de erro.

Sobra uma questão, que resumo nesta pergunta: é possível rescindir acórdão, por erro sobre fato não discutido em sua formação?

A pretensão rescisória inspirou-se em acórdão da Primeira Seção, formado no julgamento da Ação Rescisória n. 434 e condensado nestas palavras:

“Processual. Ação rescisória. Erro de fato. Entendimento do art. 485, IX, do CPC. Requisitos para que o erro acarrete a rescisão. Títulos da dívida agrária. Correção monetária. Índices anteriores à emissão do título.

I – Para que se tenha o erro de fato como gerador de ação rescisória, é necessária a conjunção de três fatores: a) o erro ter sido causa

eficiente do desvio que resultou em nulidade; b) a demonstração do erro ser feita, somente com peças que instruíram o processo; c) não ter havido discussão em torno do fato sobre o qual incidiu o erro.

II – Verificados os três requisitos de incidência do art. 485, IX, do CPC, o pedido de rescisão de acórdão deve ser recebido como procedente.

III – Os índices de correção monetária dos TDAs aplicam-se apenas aos títulos emitidos anteriormente aos respectivos períodos de incidência.”

Tive a honra de, como Relator, conduzir a formação desse acórdão, e o fiz com o voto que passo a reproduzir:

“Esta Seção já examinou o tema.

Isto ocorreu no julgamento da Ação Rescisória n. 348, de que fui Relator.

Reporto-me ao voto com que colaborei na formação do acórdão, naquele julgamento:

‘O Código de Processo Civil inovou, quando inseriu o erro de fato, entre os fundamentos da ação rescisória.

Em assim fazendo, correu o risco de transformar a rescisória em instrumento para reparar eventuais injustiças ocorridas na formação da coisa julgada. É, portanto, necessário que se interprete com cuidado este permissivo. De outro modo, cria-se no Direito Processual brasileiro, uma nova instância.

Preocupada com esta possibilidade, a doutrina indica três pontos a serem observados como requisitos, para que se aceite o erro de fato, como fator de rescisão da sentença. Ei-los:

a) o erro deve ter causado o desvio que levou a decisão rescindenda a se afastar do Direito;

b) o elemento em que se gerou o erro deve estar presente nos autos. Sua demonstração deve ser feita, apenas com a utilização das peças que serviram ao processo (no dizer do art. 485, IX, só cabe rescisória, se o erro resultou de atos ou documentos da causa); e

c) o fato, sobre o qual incidiu o erro, não deve ter sido objeto de discussão.

Na hipótese deste processo, o erro consistiu em se deixar de observar que algumas das cópias a serem reajustadas foram emitidas após fevereiro de 1989.

Se o Tribunal houvesse atentado para esta particularidade, com certeza, teria denegado a incidência do reajuste sobre os títulos emitidos posteriormente ao período de incidência do reajuste.

Não há, pois, dúvida: o engano quanto à data dos títulos gerou o erro.

No que respeita ao segundo requisito, a demonstração material do erro se faz mediante exame direto dos autos; não requere qualquer outra prova.

Dizem as demandadas, nesta ação rescisória, que o fato gerador do erro foi objeto de discussão; tanto que, na petição inicial do mandado de segurança inseriu-se um quadro demonstrativo das cópias a serem reajustadas (fl. 16 dos presentes autos).

Embora as ora demandadas tenham agido com lealdade, não sonegando as datas de emissão dos títulos, a verdade é que no curso do processo não houve qualquer discussão objetiva, em torno da questão.

Tenho, assim, como verificados os pressupostos da ação rescisória.

Ao determinar a incidência dos índices relativos a períodos anteriores à emissão dos títulos, o Tribunal partiu do pressuposto de que estes eram anteriores ao período a que se referiam aqueles índices.

Houvesse percebido a realidade, o acórdão teria excluído da correção plena, os títulos novos.

Com efeito, os percentuais de reajuste atingem, somente, as cópias anteriores ao período a que se refere determinado índice.

É que os títulos são emitidos com valores unitários fixados em moeda, na data da respectiva emissão.

Corretos ou não, tais valores traduziam uma parcela da indenização justa, pela terra desapropriada. Corrigi-los retroativamente, significaria aumentar o numerário que correspondia ao ressarcimento devido ao ex-proprietário.

Constatados os pressupostos de incidência do art. 485, IX, do CPC, julgo procedente a ação, para declarar rescindido em parte, o acórdão desta Seção, relativo ao Processo de Mandado de Segurança n. 1.047 e manter a segurança, para que se aplique o índice de reajuste pelo IPC, à razão de 70,28%, referente a janeiro de 1989, tão-somente aos títulos emitidos até este mês.

Condeno as Rés ao pagamento das custas e de honorários de advogado, que arbitro em dez por cento sobre o valor das custas.”

Lá, como aqui, o erro de fato não fora discutido.

Lá, a ausência de discussão funcionou, justamente como argumento para que a rescisória fosse conhecida e declarada procedente.

Louvo-me nos fundamentos que acabo de reproduzir, para, continuando fiel ao velho entendimento e à antiga jurisprudência da Primeira Seção, prover o recurso.

Acompanho o eminente Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 201.385 – SP

(Registro n. 99.0005248-0)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Banco do Brasil S/A
Advogados: Nelson Buganza Júnior e outros
Recorrido: Frigorífico Apene Ltda (massa falida)
Advogado: João Maria Vaz Calvet de Magalhães (sindicó)
Recorridos: Ibrahim Apene e outros
Advogados: Luiz Lopes e outros
Sustentação oral: Nelson Buganza Júnior (pelo recorrente)

EMENTA: Processual – Execução de cessão de crédito – Alienação em fraude à execução – Ineficácia – Adquirente falido – Numerário entregue ao exequente.

Se o bem alienado em fraude à execução veio a ser desapropriado,

o valor da respectiva indenização deve ser levado ao juízo onde se processa a execução, nada importando a circunstância de o adquirente-expropriado encontrar-se falido. O produto do bem alienado em fraude à execução só integra a massa falida, na medida em que ultrapassa o valor suficiente à satisfação do exeqüente fraudado (CPC, arts. 592/593).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Francisco Falcão, acompanhado pelo Sr. Ministro Garcia Vieira, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Delgado, dar provimento ao recurso. Votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Brasília-DF, 14 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 2.4.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, resumido assim:

“Falência. Execução singular onde se reconheceu a ocorrência de fraude, relativamente à cessão de crédito existente em ação de desapropriação, de titularidade de sócio solidário da falida. Importância que deve ser remetida ao juízo da falência, a quem compete decidir todas as questões relativas aos interesses da massa falida e seus credores. Universalidade e indivisibilidade do juízo falimentar. Agravo não provido”. (fl. 183).

Agasalhado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, o Banco do Brasil S/A queixa-se de afronta aos arts. 593, II, do CPC, e 7^ª, § 2^ª, da Lei

de Falências, bem como dissídio pretoriano. Pede “a remessa do valor correspondente à cessão de crédito declarada em fraude à execução ao juízo da execução promovida pelo ora recorrente” (fl. 199), dizendo ser incompetente o juízo falimentar.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Leio o relatório que orientou a formação do acórdão recorrido:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto contra despacho que, nos autos de desapropriação promovida pelo Município de Cubatão contra o Agravado e outros, indeferiu pedido de remessa de numerário depositado pela expropriante ao Juízo da 3ª Vara Cível, onde está em curso ação de execução promovida pelo Agravante contra os expropriados, e determinou a remessa ao juízo da falência da Agravada.

Alega o Agravante que o referido numerário corresponde à cessão de crédito que se efetuou em fraude à execução, reconhecida pelo Juízo da 3ª Vara Cível. Não se trata, pois, de fraude contra credores. Além disso, não se trata de ato alcançado pelo termo legal da quebra. Por essas razões, a importância deve ser remetida ao juízo da execução. Para tal finalidade, pede se dê provimento ao recurso.” (fls. 183/184).

Como se percebe, o numerário, cujo destino se discute, foi apurado na desapropriação de bem anteriormente adquirido em fraude à execução, por pessoa que depois veio a falir.

Sem ser nula, a venda em fraude à execução é ineficaz relativamente à vítima da fraude. Se assim ocorre, o bem adquirido pelo ora falido continuou penhorado, no antigo processo de execução. O valor resultante de sua desapropriação deve, pois, ser entregue ao Exequente. Fazer com que ele se integre à massa é negar vigência aos artigos 592 e 593 do Código de Processo Civil.

Dou provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Presidente): Com o meu pedido de

vênia por divergir do eminente Ministro-Relator, conheço do recurso, porém, nego-lhe provimento.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Sr. Presidente, V. Ex.^a está com os fatos mais presentes na memória. O Banco do Brasil executava uma entidade. Nessa execução, ele penhorou os créditos relativos a uma desapropriação. Não é isso?

O Sr. Ministro José Delgado (Presidente): O Banco do Brasil iniciou essa execução antes de ser decretada a falência da empresa.

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Quando ele fez a execução, esses bens foram alienados a terceiros.

O Sr. Ministro José Delgado (Presidente): O Banco do Brasil, como não encontrou bens da empresa, penhorou o crédito que o sócio havia transferido a um terceiro. Reconheceu-se que esse crédito foi em fraude à execução. Sendo essa transferência reconhecida como fraude, estou defendendo que esse bem voltou integralmente para o patrimônio de quem o transferiu, do seu proprietário, que essa transferência foi anulada. Por quê? Porque foi feita em fraude à execução.

Se há algo a ser discutido, que seja entre o transmitente e o transmitido. Mas não é o caso aqui debatido. Então, ao voltar o bem para o poder do sócio, o que se faz? Há a penhora no rosto dos autos da desapropriação desse bem, do valor que foi depositado correspondente ao mesmo. Houve a penhora, e aí vem a decretação da falência.

O Sr. Ministro José Delgado (Presidente): (Lê):

“Em data de 9 de junho de 1989, o Banco de todos os sócios.”

Daí vem o reconhecimento da fraude à execução.

VOTO-VISTA (VENCIDO)

O Sr. Ministro José Delgado: A questão examinada no presente recurso especial consiste em determinar-se os efeitos concretos, no âmbito processual, de decisão que reconheceu existência de bem alienado em fraude à

execução que, posteriormente, veio a ser desapropriado, em face de falência do adquirente-expropriado. Busca-se definir se, em tal situação, o produto do bem alienado em fraude à execução integra a massa falida ou deve permanecer no juízo da execução.

O eminente Relator posicionou-se do modo que consta na ementa do seu judicioso voto:

“Processual. Execução de cessão de crédito. Alienação em fraude à execução. Ineficácia. Adquirente falido. Numerário entregue ao exeqüente.

Se o bem alienado em fraude à execução veio a ser desapropriado, o valor da respectiva desapropriação deve ser levado ao juízo onde se processa a execução, nada importando a circunstância de o adquirente-expropriado encontrar-se falido. O produto do bem alienado em fraude à execução só integra a massa falida, na medida em que ultrapassa o valor suficiente à satisfação do exeqüente fraudado (CPC, arts. 592/593).”

Com vista dos autos, emito o meu pronunciamento.

Início as minhas reflexões fazendo o registro, embora desnecessário, que a fraude à execução, quando reconhecida, “... ocorre um juízo de ineficácia do ato, sendo exaustiva a lição da doutrina, sob esse aspecto”, conforme lembra **Yussef Saïd Cahali**, em sua obra *Fraude contra Credores*, RT, 2ª edição, p. 101.

Em nota de rodapé, o referido autor faz lembrar que esse é o posicionamento defendido pela doutrinação de **Pontes de Miranda**, *Comentários ...*, vol. IX, p. 463; **Mário Aguiar Moura**, *Fraude de Execução...*, *Ajuris* 12/66; **Amaral Santos**, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, III, n. 879, p. 251; **Orlando de Souza**, *Processo de Execução*, p. 84, *Terceira CC do TJSP*, AC n. 21.047-1, 15.6.1982.

Em consequência, havendo o reconhecimento judicial, na fraude à execução, da ineficácia do ato fraudulento, a consequência imediata é que a venda do bem, com tal vício, será imponível em relação ao credor prejudicado, com efeitos **ex tunc**.

Existindo, portanto, a consolidação do reconhecimento da fraude à execução praticada pelo devedor, o bem transmitido a terceiro com essa característica ilegal integra-se livremente ao processo de execução, passando a receber a constrição da penhora e seguindo-se, normalmente, os demais atos de execução.

Em outras palavras: inexistente, para o processo de execução movido pelo credor contra o devedor, a transação de transferência do bem penhorado para terceiro, em razão de tal ato ter sido contaminado pela fraude e, conseqüentemente, considerado nulo.

Consubstanciada essa situação jurídica, de absoluta proteção aos direitos do credor e de sublimação ao princípio da moralidade a ser seguido nas relações jurídicas até mesmo patrimoniais, resta examinar o âmago da questão em debate e consistente no seguinte: qual o destino a ser dado ao numerário depositado por entidade que desapropriou esse bem garantidor da execução, em caso de ter sido decretada a falência do devedor? Esse valor correspondente à indenização deve ser entregue ao juízo falimentar para compor o acervo financeiro e patrimonial da massa falida ou pertencer, exclusivamente, ao juízo de execução, para atender, tão-somente, aos interesses da parte-exequente?

Eis a questão.

Os autos revelam que:

a) em data de 9.6.1989, o Banco do Brasil, ora recorrente, ingressou com execução cambial contra o Frigorífico Apene Ltda – e seus avalistas, entre esses Fuad Apene;

b) para garantia da execução, houve a penhora, no rosto dos autos de uma ação desapropriatória em curso, de valores que os avalistas iriam receber, como indenização do bem expropriado pelo Poder Público;

c) esse ato de penhora ocorreu em data de 28.4.1995;

d) em 6.10.1992, quando a execução do Banco do Brasil já estava distribuída, Fuad Apene, um dos avalistas executados, cedeu parte do seu crédito a terceiro, o que foi, posteriormente, considerado em fraude à execução;

e) em data de 15.12.1993, foi decretada a falência da empresa Frigorífico Apene Ltda;

f) conforme decisão de fls. 163/166, determinou-se a arrecadação, para fins de constituir o patrimônio da massa falida, dos bens de todos os sócios;

g) em face dessa decisão, a importância correspondente ao processo desapropriatório e pertencente ao sócio da empresa falida, Fuad Apene, foi arrecadado;

h) insurge-se o Banco do Brasil contra essa arrecadação sob a alegação de que tal importância, após ter afastado os efeitos da cessão de crédito de seu total feito a terceiros por Fuad Apene, deve permanecer para garantir, exclusivamente, a liquidação da execução movida contra o próprio Fuad Apene, sócio e avalista dos débitos da empresa falida.

Posto o panorama acima descrito, verifico que o acórdão recorrido desenvolveu as razões e conclusão que cito, de modo integral (fls. 184/186):

“Quanto ao mérito, a decisão também foi acertada. O douto Procurador de Justiça bem elucidou a matéria em discussão. Merecem transcrição algumas das considerações por ele expendidas, com base nos artigos 7^a, § 2^a; 23 e 24 da Lei de Falências:

‘Esqueceu-se ele [o agravante] que o juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta lei. E que ao juízo da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, comerciais ou civis, alegando e provando os seus direitos, motivo pelo qual as ações ou execuções individuais dos credores, sobre direitos e interesses relativos à massa falida, inclusive as dos credores particulares de sócio solidário da sociedade falida, hipótese dos autos, ficam suspensas desde que seja declarada a falência até o encerramento.

Assim, se tornar definitiva a decisão proferida na 3^a Vara Cível de Santos, sujeita, ainda, a recurso do interessado, que reconheceu a existência de fraude à execução, na cessão de crédito feita a Rômulo Fedeli de Túlio, é forçoso convir que o valor correspondente a essa cessão deverá, obrigatoriamente, retornar ao expropriado-cedente, Fuad Apene. Em decorrência, necessariamente remetido, também, ao Juízo Universal da Falência (art. 7^a, § 2^a, da Lei de Falências) para onde, aliás, já foram remetidas as duas (2) terças-partes (2/3), cabentes aos expropriados Ibrahim Apene e Jamil Apene.

Em face disso, é injustificável qualquer tratamento jurídico diversificado em relação aos valores depositados. O tratamento jurídico deve ser tão-somente um. Se duas (2) terças-partes (2/3) da indenização já foram encaminhadas para o juízo falimentar, é óbvio que o terço (1/3) restante, nas mesmas condições, para lá há de ser enviado.’

Todas essas ponderações tornam inquestionável a falta de razão do Agravante. Assinale-se que o fato de ter sido reconhecida apenas a fraude à execução, não a fraude contra credores, não infirma aquela

conclusão. Conforme consignado no aludido parecer, a importância correspondente à cessão fraudulenta deve ser enviada ao juízo da falência, tendo assim o mesmo destino dos outros dois-terços da indenização expropriatória. Aliás, é fácil imaginar o campo que se abriria para burlar as normas da Lei de Falências, caso se acolhesse a tese do Agravante.

Na verdade, sua pretensão contraria frontalmente a universalidade e indivisibilidade do juízo falimentar. A este incumbe decidir sobre todas as questões de interesse da massa falida, dentre as quais, no que interessa ao caso concreto, destino final da importância em discussão. Esta competência não será do juízo da desapropriação, ou, como pretende o Agravante, do juízo da execução singular. Sua pretensão, repita-se, contraria frontalmente o disposto no artigo 7º, § 2º, da Lei de Falências. Por isso não pode ser acolhida.”

A fundamentação recursal do Banco do Brasil é no sentido de que os efeitos de reconhecimento da fraude à execução só tem expressão para o exequente e executado, permanecendo íntegro o vínculo entre o devedor que transmitiu o bem, com tal vício, e o adquirente.

Em outro ângulo, nas palavras de **Humberto Theodoro** (Processo de Execução, Leud, SP, 1975, p.p. 118 e segs.) (fls. 194/195):

“Não se cuida, como se vê de ato nulo ou anulável. O negócio jurídico, que fraudava a execução, diversamente do que se passa com o que fraudava credores, gera pleno efeito entre alienante e adquirente. Apenas não pode ser oposto ao exequente. Assim, a força da execução continuará a atingir o objeto da alienação ou oneração fraudulenta, como se estas não tivessem ocorrido. O bem será de propriedade do terceiro, mas permanecerá respondendo pela dívida do transmitente, num autêntico exemplo de responsabilidade sem débito.”

Forte nesse entendimento, diz o Banco do Brasil (fls. 195/196):

“Assim, está claro que o valor correspondente à cessão de crédito feita a Rômulo Fedeli de Túlio não retornou ao cedente, Sr. Fuad Apene. Em decorrência, não poderia ser objeto de arrecadação à massa falida do Frigorífico Apene Ltda, conforme § 2º do artigo 7º da Lei de Falências. O destino da importância correspondente à cessão fraudulenta só poderia ser o juízo da execução onde foi declarada a fraude à execução.

Desse modo, estando contrariados dispositivos de leis federais, compete a esse colendo Tribunal dar a correta interpretação à aplicação das normas, bem como declarar a extensão e o alcance dos dispositivos nelas contidos.”

Invocou, com tais razões, infringência ao art. 593, II, do CPC, e ao art. 7º, § 2º, da Lei de Falências, bem como divergência jurisprudencial.

O apelo só foi admitido pelo art. 7º, § 2º, da Lei de Falências.

A inadmissibilidade do recurso por não ter se reconhecido prequestionamento do art. 593, II, do CPC, nem demonstrada a divergência jurisprudencial alegada, merece ser homenageada. As razões de fls. 225/228 são suficientes.

O acórdão recorrido tratou expressamente do art. 7º, § 2º, da Lei de Falências.

Nesse ponto, o especial merece ser conhecido.

Peço vênia ao eminente Relator para não acompanhá-lo quanto ao mérito.

A respeito, o meu convencimento é de que, no âmbito do processo de execução entre o Banco do Brasil (recorrente) e o sócio Fuad Apene, o valor correspondente à desapropriação, considerado cedido em fraude à execução, pertence ao Executado e, portanto, sujeito, em face de sua condição de sócio, ao fenômeno da arrecadação para integrar a massa falimentar.

A relação jurídica nascida com a cessão do crédito não produz nenhum efeito para o processo de execução. Reconhecida a fraude, desconstituído o vínculo do devedor-executado contra terceiro, não há de produzir qualquer efeito no âmbito da execução a cessão de crédito em questão, passando a ser negócio jurídico a ser discutido, exclusivamente, entre cedente e cessionário.

Se a fraude de execução reconhecida produziu efeitos no executivo individual promovido pelo Banco do Brasil, ele continua a contaminar o processo falimentar aberto posteriormente.

Tem-se a projeção, na execução coletiva, dos efeitos da fraude à execução anteriormente reconhecida em executivo promovida por um só dos credores.

Não há como, aplicando-se princípios da lógica, conceber-se ter existido fraude à execução, unicamente, para beneficiar o credor individual

e desprezar-se os efeitos dela na execução coletiva posteriormente instalada.

A perdurar essa interpretação, desatende-se ao preceito posto no art. 7º, § 2º, da Lei de Falências, que estatui:

“O juízo de falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, os quais serão processados na forma determinada nesta lei.”

Outrossim, não se nega que o Banco do Brasil é credor quirografário da massa falida e dos seus avalistas-sócios.

Este, portanto, subordinado à regra dos arts. 23 e 24 da Lei de Falências:

“Art. 23. Do juízo da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, comerciais ou civis, alegando e provando os seus direitos.

Parágrafo único. Não podem ser reclamados na falência:

I – as obrigações a título gratuito e as prestações alimentícias;

II – as despesas que os credores individualmente fizeram para tomar parte na falência, salvo custas judiciais em litígio com a massa;

III – as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas.

Art. 24. As ações ou execuções individuais dos credores sobre direitos e interesses relativos à massa falida, inclusive os dos credores particulares do sócio solidário da sociedade falida, ficam suspensas, desde que seja declarada a falência até o seu encerramento.

§ 1º. Achando-se os bens já em praça, com dia definitivo para arrematação, fixado por editais, far-se-á esta entrando o produto para a massa. Se, porém, os bens já tiverem sido arrematados ao tempo da declaração da falência, somente entrará para a mesma a sobra, depois de pago o exeqüente.

§ 2º

Ora, na hipótese assinalada, ao ser decretada a falência, em data de 15.12.1993, a execução do Banco do Brasil contra a massa e seus sócios

estava em curso, só ocorrendo a penhora no rosto dos autos de desapropriação em data de 28.4.1995.

Em tal circunstância, por força do art. 24 da Lei de Falências, a execução do Banco do Brasil, imperativamente, ficou suspensa. Correta, assim, a arrecadação da quantia decorrente da penhora realizada no rosto dos autos, para que ela forme a massa falida e sobre ela concorra o exequente, Banco do Brasil, em situação de igualdade, com os demais credores comuns.

Não há, portanto, privilégio, em face dos fatos já assinalados, a ser concedido ao Banco do Brasil. A lei não contém previsão a respeito.

Registro, também, que, no processo de arrecadação dos bens do falido há de se seguir as seguintes regras:

- a) o síndico arrecadará todos os bens do falido, etc. (art. 70);
- b) os bens penhorados ou por outra forma apreendidos, salvo tratando-se de ação ou execução que a falência não suspenda (o que não é o caso em exame), entrarão para a massa, cumprindo ao juiz deprecar, a requerimento do síndico, às autoridades competentes, a entrega deles (art. 70, § 4^a);
- c) a arrecadação dos bens particulares do sócio solidário será feita ao mesmo tempo que a dos bens da sociedade, descontando-se inventário especial de cada uma das massas (art. 71).

É o que ocorreu na hipótese examinada, com o fortalecimento, conforme já noticiado, que a arrecadação dos bens do sócio está confirmada por decisão judicial.

Isto posto, com o meu pedido de vênias por divergir do eminente Relator, conheço do recurso, porém, nego-lhe provimento.

É como voto.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Sr. Presidente, ainda estou com uma dúvida. Pelo que entendi do voto do Sr. Ministro-Relator, existia uma ação de desapropriação. Essa ação de desapropriação resultou numa determinada indenização. A falência era contra a pessoa jurídica e não contra a pessoa física expropriada. A pessoa física expropriada tem bens particulares e não se cogitou de que o sócio estivesse solidário com as dívidas da pessoa jurídica.

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Ministro Milton Luiz Pereira, foi esse detalhe que me levou ao engano. Ele era solidário.

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: A expropriada, então, é a pessoa jurídica, não é a pessoa física? O bem expropriado era da pessoa jurídica?

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Falcão: A Recorrente promove contra os Recorridos ação de execução de título extrajudicial.

Em 1992, Fuad Apene e sua esposa cederam a seu patrono, Rômulo Fedeli de Túlio, crédito consistente em um terço do ofício requisitório decorrente de indenização devida pela Prefeitura de Cubatão.

Em 1993, foi decretada falência do grupo Apene, do qual fazia parte o Sr. Fuad Apene.

O juiz da execução reconheceu a existência de fraude à execução na cessão de crédito acima explicitada.

No panorama acima explicitado resta definir se o produto da alienação maculada por fraude à execução integra a massa falida ou deve permanecer no juízo da execução.

A fraude em tela foi cometida no curso do processo de execução. Caracterizada como tal, exsurge ineficaz perante o exequente, **in casu**, o Recorrente, o qual poderá lançar mão dos procedimentos devidos para atrair o objeto sobre o qual a execução deveria recair.

Não obstante, em relação ao alienante e ao adquirente, a cessão gerou efeitos, não sendo gravada pela pecha do ato nulo, transferida assim a propriedade do crédito. Tanto é assim que a imposição do ato construtivo pelo juiz da execução, em relação ao bem alienado, é dirigida ao objeto da alienação sem qualquer medida judicial prévia.

Sobre o assunto destaco excerto da lição inserta por **Cândido Rangel Dinamarco** (Fundamentos do Processo Civil Moderno, Editora Malheiros, 3ª edição, p. 575):

“A fraude de execução compromete apenas aquele efeito específico do ato, que é o de subtrair o bem à responsabilidade por aquela específica obrigação do alienante (ineficácia parcial, portanto). E ela aproveita apenas, na medida desse efeito que fica excluído, ao titular

de direito que no processo pendente ao tempo da alienação figurava como autor, ou como exeqüente (daí, ineficácia relativa).”

Nesse mesmo diapasão, o ensinamento de **Vicente Greco Filho**, in *Direito Processual Civil Brasileiro*, Editora Saraiva, 11^a edição, p. 42:

“Na fraude de execução, a gravidade dos fatos e da situação torna ineficaz a alienação à execução, de modo que nenhuma ação é necessária para se declarar a fraude. Os bens alienados nos casos do art. 593, ainda que em poder e em nome de terceiros, encontram-se vinculados à execução do devedor, podendo ser alcançados pelos atos de apreensão judicial, independentemente de qualquer outra ação de natureza declaratória ou constitutiva.

O Código de Processo Civil prevê situações objetivas e documentadas, quais sejam a alienação, quando já pendente ação fundada em direito real ou ação capaz de reduzi-lo à insolvência. Estes dados objetivos e facilmente aferíveis por certidão do distribuidor cível eliminam a alegação de ignorância por parte do adquirente, justificando por conseguinte, a solução drástica da lei, qual seja a de tornar ineficaz ou irrelevante a alienação em face da execução, que vai alcançar os bens com quem se encontrem. O caso não é de nulidade ou anulabilidade do ato de alienação, mas de ineficácia, em face da execução; esta, como se disse, atingirá o bem alienado em fraude à execução, sem se discutir a propriedade atual, tanto que, se por outro motivo a execução se extinguir, a alienação permanece válida.”

Ainda nessa linha de pensamento, transcrevo trecho da obra do Processualista **Humberto Theodoro Júnior**, *verbis*:

“Não há necessidade de nenhuma ação para anular ou desconstituir o ato de disposição fraudulenta. A lei o considera simplesmente ineficaz perante o exeqüente.

Não se cuida, como se vê, de ato nulo ou anulável. O negócio jurídico, que fraudava a execução, diversamente do que se passa com o que fraudava credores, gera pleno efeito entre alienante e adquirente. Apenas não pode ser oposto ao exeqüente. Assim, a força da execução continuará a atingir o objeto da alienação ou oneração fraudulenta, como se estas não tivessem ocorrido. O bem será de propriedade do

terceiro, num autêntico exemplo de responsabilidade sem débito.” (Processo de Execução, Editora Universitária de Direito, p. 155).

Nesse contexto, entendo que o bem adquirido continua penhorado no antigo processo de execução, não retornando ao controle do alienante para posteriormente integrar a massa falimentar. Assim o é, porque a fraude à execução não reflete seus prejuízos apenas sobre o credor, mas sim à própria dignidade da Justiça, através do ato do alienante que intenta subtrair o bem à responsabilidade executiva.

Tais as razões expendidas, pedindo vênia ao nobre Ministro José Delgado, acompanho o Ministro-Relator, dando provimento ao presente recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 207.734 – SP

(Registro n. 99.0022288-1)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Recorrentes: Alessandra Regina Vasselo e outros
Advogados: Carlos José de Oliveira Toffoli e outros
Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Luiz Duarte de Oliveira e outros

EMENTA: Processual Civil – Advogado dativo – Honorários profissionais – Fixação judicial – Convênio – Lei n. 8.906/1994 (art. 22 e § 1º) – CPC, art. 20 e § 4º.

1. O critério de equidade para a fixação de honorários não contraria ou nega vigência ao artigo 22, § 1º, Lei n. 8.906/1994, disposições interpretadas à palma de circunstâncias afiveladas ao caso concreto.

2. Recurso sem provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas,

decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, *negar provimento ao recurso*, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Delgado, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 6 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 12.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: O egrégio 2^a Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo firmou o entendimento, cristalizado na ementa, **in verbis**:

“Honorários de profissionais liberais. Advogado dativo. Responsabilidade.

O Estado a quem incumbe a assistência judiciária, responde pela remuneração de advogado dativo, regularmente nomeado pelo juiz do feito.” (fl. 195).

Foram interpostos embargos de declaração por ambas as partes, tendo sido acolhidos, parcialmente, o dos Autores e rejeitados os da Ré, nos termos, a saber:

“De serem, pois, parcialmente acolhidos os embargos para que seja adotada, como limite, a melhor remuneração dentre tabelas aprovadas em convênio, baixadas até o início da execução, por ser presumivelmente a mais adequada à justa retribuição dos serviços prestados.” (fl. 213).

Com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, foi interposto recurso especial. Não se conforma com a conclusão do aresto recorrido no

sentido de considerar a tabela da Procuradoria Geral do Estado, ao invés de considerar os valores arbitrados pelos magistrados. Assim, o “v. acórdão de fls. 211/213, ao determinar-lhe que os honorários advocatícios pleiteados na presente ação fossem calculados com base nos ‘valores estabelecidos no convênio vigente à época do arbitramento’, deduzindo as quantias já pagas administrativamente, contrariou o disposto no § 1º do artigo 22 da Lei Federal n. 8.906, de 4 de julho de 1994, a qual deu embasamento aos MM. juizes, que arbitraram os honorários advocatícios, dos Autores, cujas certidões foram anexadas na inicial.” Aduz que “se os honorários foram fixados nos termos da Lei n. 8.906/1994, de acordo com a avaliação de cada magistrado, não poderia o v. acórdão recorrido determinar aplicação de outra tabela, **data venia**, sem afrontar o texto legal.”

As contra-razões foram apresentadas às fls. 293/300.

O recurso especial foi admitido pelo ínclito Vice-Presidente do Tribunal **a quo**, “por envolver o tema a interpretação da lei federal”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): As anunciações processuais comandam que, advogados credenciados junto à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, por serviços profissionais prestados dativamente – assistência judiciária (Resolução n. 127/1995) –, objetivam receber os honorários devidos em ação ordinária obtiveram parcial sucesso, conforme o sumário da fundamentação:

“Honorários de profissionais liberais. Advogado dativo. Responsabilidade.

O Estado a quem incumbe a assistência judiciária, responde pela remuneração de advogado dativo, regularmente nomeado pelo juiz do feito.”

Sem sucesso os embargos declaratórios, à parla de contrariedade ao artigo 22, § 1º, da Lei n. 8.906/1994 e comemorando disposições constitucionais (arts. 5º, XXXV, LV e LXXIV, e 134, CF; art. 3º, Constituição Estadual), adveio o recurso especial (art. 105, III, a, CF).

Definido o perfil do estado atual do processo, na planura do âmbito

processual, inicialmente, deve ficar acentuada a admissibilidade, ou não, do despique, como pórtico inafastável para o conhecimento.

Por esse itinerário, de logo, refoge da via recursal eleita averiguar a sugerida violação às disposições constitucionais enunciadas. Mesmo porque está incontroversa a prestação da assistência pelos advogados. Bem assim, não tem guarida o exame isolado de lei e resolução locais e, também, aspectos de natureza factual comentados. Por decorrência, a averiguação tem residência única na alegada contrariedade ao artigo 22, § 1º, da Lei n. 8.906/1994.

Estadeados os limites para o exame e ditado o ponto controvertido, tem significação a fundamentação do verberado v. acórdão:

(...)

“Sem embargo dos arbitramentos judiciais, o convênio, firmado com a participação da Ordem dos Advogados, constitui-se em parâmetro de igualdade para tratamento de advogados credenciados ou não. Decisão em contrário estimularia o desinteresse no credenciamento para a busca, em ação judicial, de remuneração variável segundo o critério de cada magistrado.

Não que os Apelados desmereçam os valores arbitrados, que nos casos concretos, diga-se de passagem, foram adequados à natureza da demanda em que intervieram.

Segundo se vê do teor da Resolução PGE n. 142/1997 (fl. 271), as verbas destinadas ao custeio são pagas por conta do Fundo de Assistência Judiciária instituído pela Lei Estadual n. 4.476, de 20.12.1984.

A distribuição, segundo a tabela de arbitramento que a acompanha, se destina certamente a compatibilizar a despesa com os recursos disponíveis para tanto.

Cumpre, por conseguinte, o reconhecimento à remuneração, de maneira uniforme para todos os advogados prestadores de serviços profissionais da mesma natureza, à parte carente.

Em segundo lugar logrou a Fazenda-ré demonstrar, com os documentos de fls. 274/318, que parte dos apelados credenciados, submeteram à Fazenda Pública o pedido de reembolso.

Confira-se, à guisa de exemplo, o caso de três autores como

Carmem Eloísa Maringolo Comar de Castilho, Elias e Gilberto Antônio Comar que, respectivamente, pretendem o pagamento de honorários arbitrados nos Processos n. 18/1996 (3ª Vara de Jaboticabal – fl. 60), n. 83/1996 (1ª Vara de Jaboticabal – fl. 81) e n. 45/1996 (3ª Vara de Jaboticabal – fl. 91) e ao mesmo tempo submeteram mesmo pleito à Administração (fls. 288/291, 292/293, 295/297). – fls. 197 e 198.

Com importância, agrega-se a convincente explicação assentada no julgamento dos embargos declaratórios sobre a admissão do “convênio PGE”, textualmente:

“... o igual tratamento entre advogados credenciados ou não pelo Estado” (fl. 212).

Adiante, acentuou:

“O § 1º do art. 22 da Lei n. 8.906/1994 não se sobrepõe à competência jurisdicional do juiz do processo de arbitrar os honorários advocatícios segundo os parâmetros do art. 20 do Código de Processo Civil. Para a cobrança nesse processo, a soberania do magistrado é inarredável.

Mas, proposta a ação de conhecimento para a cobrança da Fazenda do Estado, o juiz sentenciante ou o Tribunal concederão o ressarcimento que entenderem adequados sem ficar atrelados aos critérios adotados pelo juiz do processo.” (fls. 212 e 213).

A bem se ver, não houve contrariedade ou negativa de vigência ao artigo 22, § 1º, Lei n. 8.906/1994. Houve, sim, interpretação amoldada às circunstâncias específicas do caso concreto. Demais, à vista do duplo grau de jurisdição, os critérios alçados pelo Colegiado, a rigor, significa fixação de honorários com obediência ao art. 20, § 4º, CPC, em comunhão e não afronta às disposições legais apontadas como malferidas.

Ordenadas as razões e evitado o avançamento de juízo sobre circunstâncias factuais colocadas em relevo no julgado e à palma do caso concreto, *voto negando provimento*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 242.463 – SP

(Registro n. 99.0115540-1)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Vera Wolff Bava Moreira e outros
Recorrida: Companhia Transamérica de Hotéis São Paulo
Advogados: João Victor Gomes de Oliveira e outro

EMENTA: Ação declaratória – Dispensa de pagamento parcial depois de iniciado o processo – Ausência de trânsito em julgado – Pedido de levantamento das quantias depositadas – Embargos de declaração – Efeitos modificativos – Art. 535, CPC, Lei Estadual n. 8.198/1992 – CTN, art. 204 – Portaria CAT/SUB-G n. 1/1993.

1. Débito tributário englobando o fornecimento de alimentação e bebidas, parcialmente dispensando a Lei n. 8.198/1992 o pagamento de uma das operações.

2. Advento de remissão por ato normativo estadual, antes do trânsito em julgado da decisão desfavorável ao contribuinte.

3. Depósitos ainda não convertidos em renda do Estado.

4. Doutrina e jurisprudência proclamam, cômicos da maior utilidade dos embargos de declaração, a possibilidade de serem admitidos com efeitos modificativos do julgado.

5. Preocupação ética que deve nortear o juiz, mormente nos dias atuais, na entrega da prestação da tutela jurisdicional.

6. Recurso especial sem provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, *negar provimento ao recurso*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 27 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 11.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: A colenda Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de agravo de instrumento, assentou o entendimento abreviado na ementa, a saber:

“ICMS. Levantamento de depósito em ação declaratória de inexistência de relação jurídica, improcedente. Conversão em renda do Estado. Depósito em pagamento e em regime de indisponibilidade, condicionado ao resultado da demanda, com efeitos desde então. Lei n. 8.198/1992. Dispensa autorizada. Restituição proibida. Ausência de direito do depositante ao levantamento. Pretensão indeferida. Recurso improvido.” (fl. 166).

Embargos de declaração opostos por Companhia Transamérica de Hotéis São Paulo foram julgados por aresto sumariado nestes termos:

“Embargos de declaração. Inexatidão material e omissão a texto de lei. Inocorrência. Depósito cautelar relativo a crédito tributário. Indisponibilidade e reversão ao vencedor da ação. Impossibilidade de alteração dos efeitos da coisa julgada, em execução. Embargos conhecidos, sem alteração do resultado.” (fl. 201).

Novos embargos de declaração foram acolhidos por maioria de votos, gerando acórdão assim ementado:

“Embargos de declaração. Omissão. Ocorrência. Embargos recebidos com alteração do resultado.” (fl. 231).

Do d. voto-condutor do acórdão, à guisa de melhor esclarecimento, colho o seguinte tópico:

“No caso concreto, contudo, há a questão atinente ao depósito realizado. Entendeu-se e este Relator, também já o fez, acompanhando voto pioneiro do eminente Desembargador Luiz Tâmbara nesse sentido, em outra demanda, que o depósito converte-se em renda do Estado e, portanto, não poderia mais ser levantado pela parte porque pertenceria ao Estado.

Todavia, revejo meu posicionamento, nesta oportunidade.

Parece-me que seria mais razoável entender-se não ter havido pagamento, mas mero depósito, que se converte em renda do Estado, se nenhum fato superveniente ocorrer.

Entendimento contrário importa em premiar o devedor inadimplente, que deixou de pagar o débito e foi perdoado, penalizando aquele que veio a juízo discutir o seu débito, que efetuou o depósito e que afinal viu toda sua diligência esboroada pela conversão do depósito em renda do Estado. É certo que a lei sumamente infeliz, perdendo os inadimplentes, em prejuízo dos diligentes. Este, contudo, não é um problema do intérprete, mas do legislador.

Como bem mencionado no r. voto do Desembargador Carlos de Carvalho, (fl. 205), houve fato superveniente (art. 462 do Código de Processo Civil), que não pode deixar de ser levado em consideração. Como o trânsito em julgado da decisão final da ação declaratória ocorreu somente em 29 de outubro de 1996 (fl. 180), quando publicado o diploma estadual reportado (dezembro de 1992), que extinguiu o crédito tributário pela remissão (artigo 156 do Código Tributário Nacional), tal crédito estava tão-só suspenso (art. 151, II, do mesmo Código), por força do depósito.

Correto me parece afirmar, como fez S. Ex.^a, que embora a decisão na ação declaratória tenha efeito **ex tunc**, convertendo-se o depósito em pagamento, na data em que efetivado, no caso, tal não se deu, porquanto, na data em que ocorrido o trânsito em julgado (29.10.1996), o crédito tributário da Fazenda do Estado em referência à Agravante, já estava extinto pela remissão (art. 156, inciso IV, do Código Tributário Nacional).

Com efeito, o depósito feito pela Recorrente não teve a natureza de pagamento, vez que levado a efeito apenas para inibir a propositura de ação de execução fiscal, com a suspensão do crédito tributário.

Houve omissão do aresto ao não analisar a disposição constante da Portaria CAT/SUB-G n. 1. Para afastá-la, pelo meu voto, acolho os embargos e dou provimento ao presente agravo de instrumento.” (fls. 232/233).

A recorrente, Fazenda Pública do Estado de São Paulo, estribada na alínea a do permissivo constitucional, apontou como violados os artigos 535, I, do Código de Processo Civil, 151, II; 156, IV, do Código Tributário Nacional, e 38 da Lei n. 6.830/1980.

Aduz:

“A tese central objeto de discussão respeita à pretensão da Autora (agravante) de levantar os depósitos realizados em autos de ação ordinária declaratória julgada improcedente, com base na aplicação da Lei Paulista n. 8.198/1992.

Insurgiu-se a Recorrente contra decisão que determinou que os depósitos permanecessem nos autos para garantir penhora em execução fiscal, pois, segundo ela, faria jus ao levantamento de 70% dos depósitos, remanescendo 30%, na forma da Portaria CAT-SUB-G n. 1, sugerindo acordo.

Primeiramente, a Autora interpôs agravo de instrumento em face de decisão que indeferiu-lhe o pedido de levantamento de parte dos depósitos, já na fase de execução de sentença. Ao agravo foi negado provimento, por votação unânime. Foram opostos embargos de declaração pela Agravante, sob o entendimento de que teriam caráter infringente, o ilustre Desembargador-Relator entendeu por bem de intimar a Agravada para que os impugnasse. Julgados, tais embargos de declaração foram recebidos, mas sem alteração do resultado.

Qual não foi, entretanto, a surpresa da Agravada, ora recorrente, quando, interpostos mais embargos de declaração por parte da Autora-agravante, estes vieram a ser recebidos, para se dar, desta vez, provimento ao agravo de instrumento originalmente interposto.

Com efeito, o v. acórdão de fls. 230/233, que apreciou tais embargos de declaração, violou frontalmente o artigo 535, I, do Código de Processo Civil, dando ensejo à interposição do presente recurso, pois tal decisão deve ser anulada por manifesta ilegalidade e afronta aos princípios mais elementares do processo civil dentro do ordenamento jurídico pátrio (estabilidade e segurança na prestação jurisdicional e das decisões judiciais).”

Omissis

“De fato, o Estado é obrigado a ficar inerte quando são realizados depósitos judiciais do imposto discutido, quando, se não existissem, poderiam ajuizar execuções fiscais e receber os valores devidos. Essa limitação ao Estado só tem uma justificativa: a garantia de receber os valores após o trânsito em julgado da decisão a ele favorável.

Portanto, o fato de entrar em vigor lei remissiva quanto ao imposto discutido, já depositado, não deve, de modo algum, abalar a única garantia apresentada ao Estado quando é obrigado a ver-se privado temporariamente dos valores do imposto: a certeza da conversão dos depósitos em renda, caso vencedor na demanda.

Assim, considerar que os depósitos realizados não representam quantias garantidas ao Estado está em pleno desacordo com as garantias do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, quais sejam, a do contribuinte e a do órgão arrecadador.” (fls. 237/240).

Requer:

“... seja anulado o v. acórdão que julgou os embargos de declaração opostos pela Agravante, ou, diretamente reformado o v. acórdão guerreado” (fl. 244)

Foram apresentadas contra-razões às fls. 251/257.

O nobre Desembargador Decano do Tribunal **a quo** admitiu o recurso especial, nestes termos:

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

Há expressa indicação dos dispositivos legais tidos como violados e não se vislumbra a incidência dos demais vetos regimentais ou sumulares.” (fl. 264).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Como venho de aludir

no relatório, espraia-se questão prefacial acerca de violação ao artigo 535, I, do CPC.

Nessa lida, cumpre, desde logo, observar que, malgrado o acolhimento dos embargos declaratórios com efeitos modificativos, não se animou a ora recorrente em manejar embargos de declaração.

Deveras, a seu talante, ao revés de instar o pronunciamento do Tribunal **a quo**, optou por interpor diretamente o recurso especial que ora nos ocupa.

Na consonância de nossos reiterados precedentes, temos acentuado que até mesmo a simples interposição de embargos de declaração não é suficiente para suprir a ausência de prequestionamento. A propósito do tema:

“Processual. Recurso especial. Prequestionamento. FGTS.

As questões que não fazem parte do pedido, não tendo sido apreciadas e dirimidas pela sentença e pelo acórdão hostilizado, não podem sequer ser objeto de embargos de declaração para fins de prequestionamento.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 214.704-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, in DJU de 27.9.1999);

“Processual Civil. Recurso especial. Art. 460 do CPC. Falta de prequestionamento. Divergência jurisprudencial indemonstrada. Alegativa de ofensa a dispositivo constitucional. Inadequação do recurso. Embargos declaratórios. Inexistência de violação ao art. 535 do CPC.

1. O prequestionamento é pressuposto indesejável do recurso especial. Para configurá-lo, é necessário que o Tribunal de 2ª instância expendam juízo de valor acerca dos dispositivos de lei federal tidos por violados.

2. O dissídio pretoriano que autoriza a interposição do especial deve ser analiticamente demonstrado, nos moldes previstos no art. 255 do RISTJ.

3. A alegativa de ofensa a preceito constitucional não se amolda nas hipóteses de cabimento elencadas no art. 105, III, da CF.

4. É certo que os embargos de declaração se prestam para viabilizar o pressuposto recursal específico do prequestionamento

(Súmula n. 98-STJ). Todavia, mesmo os embargos declaratórios manifestados com tal desiderato devem estar adstritos aos lindes do art. 535 do CPC. A questão nova suscitada pela parte, somente na ocasião dos embargos, não enseja o prequestionamento.

5. Recurso especial conhecido em parte e improvido, para afastar a negativa de vigência ao art. 535 do CPC. Decisão unânime.” (REsp n. 208.468-BA, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, in DJU de 30.8.1999).

A Súmula n. 211-STJ é incisiva:

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

No caso **sub examine**, o v. acórdão dos embargos declaratórios, sob o pálio de efeitos modificativos, constituiu decisão nova em desfavor da pretensão fazendária.

Daí porque, era de rigor que a interessada se prontificasse a interpor, a seu turno, embargos de declaração, de modo a obter o indispensável prequestionamento de questões que, somente ao depois, procurou veicular no recurso especial.

Tampouco lhe socorre qualquer argumento de elemento surpresa, pois o eminente Desembargador-Relator, desde a oposição dos primeiros embargos de declaração do contribuinte, com fiel observância do princípio do contraditório, havia facultado manifestação do Fisco, a qual foi apresentada às fls. 184/192.

Acresce que lavrou dissidência desde o julgamento dos primeiros declaratórios, votando vencido o Desembargador Carlos de Carvalho, circunstância que ainda mais aconselhava e atribuía redobradas cautelas para a Fazenda Pública, mormente para a possível abertura do pórtico da instância excepcional.

Como obtemperou no Supremo Tribunal, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence:

“Os embargos declaratórios são admissíveis para a correção de premissa equivocada de que haja partido a decisão embargada, atribuindo-se-lhes efeito modificativo quando tal premissa seja influente

no resultado do julgamento” (RE n. 207.928-6-SP – EDcl, DJU de 15.5.1998).

Assim, o acórdão guerreado se houve nos limites impostos pelo artigo 535 do estatuto processual civil, que consentem, como admitem doutrina e jurisprudência, recebimento dos embargos com maior elastério, emprestando efeito infringente do julgado embargado. Na mencionada diretriz, à mão de ilustrar, a ementa gerada para o acórdão do EDcl no REsp n. 196.335-SP, de que fui Relator, no qual era embargante a Fazenda Pública, ora recorrente:

“Processual Civil. Recurso especial. Exame desviado da causa de pedir e pedido. Embargos declaratórios. Desconstituição do acórdão. Inadmissibilidade do recurso. CF, artigo 105, III, alíneas a e c. CPC, artigo 535, I e II. Leis Estaduais n. 8.198/1992 e 6.374/1984. Súmula n. 211-STJ.

1. Motivação divorciada do conteúdo do aresto objeto do recurso especial e por manifesto equívoco, desvinculada da natureza da ação e dos fundamentos versados nas instâncias ordinárias, impõe-se a desconstituição do acórdão embargado.

2. Fundamentação assentada na verificação de leis locais sem confronto com lei federal e agregando incidentais comentários de natureza constitucional, não se expõe a exame na via especial.

3. A interposição de embargos declaratórios rejeitados, por si, não afivela o conhecimento (Súmula n. 211-STJ).

4. Embargos acolhidos com efeitos modificativos, desconstituindo o aresto embargado e afirmando a inadmissibilidade, travam processualmente o conhecimento do recurso especial.

5. Acolhimento dos embargos da Fazenda Estadual e prejudicados os articulados pela parte adversa.” (DJU de 8.3.2000).

No voto que proferi com a honrosa aprovação de meus eminentes pares, colho por apropriado à espécie, **mutatis mutandis**, o seguinte trecho:

“Ordenadas essas idéias, pontua-se: o v. acórdão cingiu-se ao exame de *leis locais* para concluir pela improcedência do pedido da

restituição de indébito e versando incidentais comentários de natureza constitucional.

Por outra guia de análise, é certo que foram interpostos embargos de declaração sustentando a impossibilidade do ‘efeito retroativo’ e acoimando o julgado de estar maculado pela *contradição* (fls. 130 a 134). Sucedeu que foram rejeitados (fl. 139).

Davante, seja porque, no ponto tratado (irretroatividade) – interpretação do artigo 3^o, parágrafo único, Lei n. 8.198/1992 –, a questão foi resolvida à força unicamente de *lei local* ou à falta de *causa decidida* com a interpretação calcada em confronto com padrão federal ou com base neste, o recurso *não pode ser conhecido*. Não bastante, soma-se que, rejeitados os embargos declaratórios, competia à parte interessada, quando interpôs o recurso especial, argüir contrariedade ou negativa de vigência ao artigo 535, I e II, CPC. Nessa hipótese, então, se provido, a Corte Estadual concretizaria decisão a respeito do tema básico correspondente, nesse prumo efetivando-se o prequestionamento. Faltante essa iniciativa, irradiam-se os efeitos da Súmula n. 211-STJ, impedindo o conhecimento.”

Contudo, como disse, na hipótese vertente, ao revés, os embargos de declaração foram recebidos com efeitos modificativos, não emergindo no julgamento questão nova, eis que proporcionado às partes o mais amplo debate da questão, não só no transcurso da demanda, como por ocasião da interposição dos embargos de declaração.

Assim também, o decidido no EDcl no REsp n. 163.410-SP, Rel. Min. José Delgado, **verbis**:

“Tributário. Embargos de declaração. Lei Paulista n. 8.198/1992.

1. Não há conflito entre causa julgada instaurada no curso de ação declaratória ao contribuinte e decisão que reconhece a impossibilidade de, em executivo fiscal, a certidão englobar parcelas de ICMS incidentes sobre bebidas e alimentação, sem identificar a separação dos valores incidentes sobre as operações de cada produto comercializado, tendo em vista a eficácia da Lei Paulista n. 8.198/1992, que declarou não incidente o referido imposto sobre o fornecimento da alimentação.

2. Havendo depósito judicial para se evitar a exigibilidade do tributo discutido, é imperioso, em tal situação, que os valores retidos sejam levantados pelo contribuinte.

3. Embargos acolhidos parcialmente para suprimimento da omissão, negando-se-lhe, porém, efeitos modificativos.” (DJU de 1.7.1999).

Desmerece, portanto, conhecimento o recurso especial a pretexto de violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil.

Sob o arnês de maltrato aos artigos 151, II, e 156, IV, do CTN, e 38 da Lei n. 6.830/1980 melhor sorte não se reserva à insurgência.

Com efeito, compulsando os autos, denota-se que a ação declaratória de inexistência de relação tributária foi aforada em 13.6.1989, advindo sentença de improcedência em 27.11.1989, sendo proferido acórdão da apelação interposta em 24.10.1990. Após o julgamento de embargos de declaração em 3.4.1991, foi manejado recurso extraordinário que, apesar de processado, não foi conhecido pela egrégia Segunda Turma do STF em 27.11.1996 (fls. 18/46).

A conhecida Lei Paulista n. 8.198, de 15.12.1992, que concedeu remissão do pagamento de ICMS no tocante ao fornecimento de alimentos por restaurantes, já vigorava, portanto, quase quatro anos antes do trânsito em julgado da decisão.

O requerimento de levantamento das quantias depositadas pela Recorrida, as quais não foram assim recolhidas ou convertidas em renda da Fazenda, somente foi efetivado em 3.2.1997 (fl. 47).

Não se cuida, portanto, de pretensão de restituição, mas, sim, de mera devolução de importâncias depositadas, cujo recolhimento aos cofres públicos foi recusado ou dispensado pelo poder legiferante estadual, com aquiescência do Fisco.

Para a necessária reflexão dos operadores do Direito, obtempera **José Renato Nalini**:

“O profissional do Direito é, talvez, dentre todos os exercentes de atividade laboral humana, aquele que melhores condições ostenta de distinguir entre a *ética docente*, a filosofia moral, elaborada como ideal puro é a *ética utente*, a moral efetivamente praticada e vivida. Pois, *ética* e *Direito* possuem inegável núcleo comum, ambos tendo em vista a conduta humana. A vida ética supõe contínuo esforço direcionado à consecução da perfeição e da Justiça. E, mesmo existindo hoje lindes demarcados entre religião, moral e Direito, não se admite que o Direito possa ser imoral.

Ao contrário, o melhor Direito é o que guarda compatibilidade com a moral. Pois 'a separação completa entre o Direito e a moral não quer dizer que o primeiro não deva garantir a segunda. É, antes, supremo interesse do Estado cuidar quanto possível da moralidade *externa* (não da *interna*) do povo e disso é claríssimo exemplo a nulidade dos contratos **contra bonos mores**. Essa separação não quer dizer que o Direito não deva esperar força e vida dos costumes e dos cidadãos. É sabido que as boas leis não podem fazer bem sem uma boa moralidade, e quanto mais afortunado e grande é um povo, tanto mais corroborado pelo dever moral é o direito na consciência de cada um e tanto mais existe o sentimento popular de querer justiça e lutar pelo seu triunfo. Mais ainda: quando as sociedades atingem um elevado nível de civilização e uma perfeita consciência ética, as normas morais impõem-se, com plena primazia, aos atos individuais mais íntimos e até ao próprio pensamento.

Íntima e estreita a vinculação entre ética e Direito. O momento é o de se ter presente a advertência de **Mário Gonçalves Viana**: 'sempre que a moral de um povo decai, tem o legislador de acorrer, imediatamente, a consolidar a moral, transformando os *deveres éticos* em *obrigações jurídicas* e as *proibições éticas* em *proibições jurídicas*.' (Ética e Justiça, Ed. Oliveira Mendes, 1998, p. 111).

Ora, como se pode compreender que a diligente providência do contribuinte e de seus causídicos possa ser penitenciada, enquanto que o devedor contumaz e recalcitrante, inclusive aquele desaparecido, possa ser amplamente beneficiado pela remissão, sem qualquer mácula ou dispêndio de numerário.

Em suma, a leal e legal discussão do débito tributário, acompanhada do respectivo depósito, efetivada mês a mês, elevada até a última instância do Judiciário Nacional, ao ver da Fazenda Estadual, não deve ser prestigiado. Ao contrário, merece ser desestimulada, ao mais completo arrepio dos valores éticos.

Bem de ver, que a Portaria CAT/SUB-G n. 1, em seu artigo 5^o, confere ao Procurador do Estado autorização para celebrar acordo com o contribuinte com vista ao levantamento do valor depositado. Inovilde-se que o procurador não é agente político, mas agente administrativo, carecendo, portanto, de livre convicção.

Destarte, a celebração determinada pela discutível portaria, enquanto

subsistente no universo jurídico, constitui ato vinculado e não discricionário.

A questão, aliás, com a habitual excelência, foi enfrentada pelo eminente Ministro José Delgado, ao relatar o REsp n. 163.410-SP, cujo acórdão, proferido à unanimidade de votos, foi estratificado na seguinte ementa:

“Tributário. ICMS. Lei Paulista n. 8.198/1992. Fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes e similares.

1. Em se tratando da aplicação da Lei Paulista n. 8.198/1992 em executivos fiscais em curso, onde a certidão da dívida ativa faz constar ICMS sobre o fornecimento de alimentação e bebidas, de modo global, sem possibilidade de se identificar as parcelas de cada transação, a Primeira Seção tem entendimento solidificado de que o crédito tornou-se ilíquido e incerto.

2. ‘Sem valia as disposições da Portaria n. 1/1993, estabelecendo percentuais remanescentes para a dívida e afetando a alíquota, por falta de específica previsão na Lei n. 8.198/1992, com efeito, ‘em face do princípio da legalidade, aperfeiçoado o fato gerador (fornecimento de mercadorias conjuntas com bebidas), mera portaria da autoridade fazendária não pode alterar o valor da operação já realizada, nem a percentualização do tributo’. (REsp n. 66.941-3-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo), certidão de dívida ativa regularmente inscrita, englobando o fornecimento de alimentação e bebidas, parcialmente diminuída no seu valor originário, com aplicação de aleatório percentual fixado por portaria, ampliando o alcance da lei, desfigura a presunção de liquidez e certeza.’ (EREsp n. 59.606-SP, Primeira Seção, Rel. eminente Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 23.9.1996).

3. Recurso especial provido.”

Cabe convocar a memória à inovadora argumentação erguida pelo eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, relatando o REsp n. 63.828-3-SP, a dizer:

“... aqui há uma particularidade: é que, quando já em curso a execução, foi sancionada a Lei Estadual n. 8.198, de 15 de dezembro de 1992, bem como a ‘Portaria Conjunta CAT/SUB-G n. 1’.

Para melhor compreensão da causa posta em litígio, transcrevo, no que interessa, alguns dispositivos desses referidos diplomas:

Quanto à Lei Estadual n. 8.198, de 15 de dezembro de 1992:

‘Art. 3^a. Fica dispensado o pagamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICM e do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS em relação a operações ocorridas até a data da publicação desta lei, com:

I – alimentação em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares:

.....

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica ao fornecimento e à saída de bebidas nem autoriza a restituição de tributos já recolhidos.’

No referente à ‘Portaria Conjunta CAT/SUB-G n. 1:

‘Art. 5^a. Havendo depósito judicial suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, efetuado em ação de qualquer natureza – inclusive a hipótese do artigo 9^a, inciso I, da Lei Federal n. 6.830/1980 – o Procurador do Estado responsável pelo acompanhamento do feito autorizado a celebrar acordo com o contribuinte, com vista ao levantamento do valor respectivo de forma a atribuir 70% ao contribuinte e 30% à Fazenda Pública atendendo, assim, à restrição de dispensa prevista no parágrafo único do artigo 3^a da Lei Estadual n. 8.199/1992, relativamente ao período abrangido pela dispensa do pagamento.’

A decisão recorrida consignou que a certidão da dívida ativa tinha perdido as indispensáveis características de liquidez e certeza porquanto a lei estadual reportada dispensara o pagamento da parcela do imposto referente ao fornecimento de alimentação.

Poder-se-ia afirmar, como, aliás, em dado momento já afirmei, que o crédito não resultaria de certidão ilíquida, visto que a apuração do valor devido pelo contribuinte dependeria de simples cálculo aritmético.

Isto porque referida lei estadual, ao prever a dispensa do pagamento do débito referente ao fornecimento de alimentação, teria mantido

exigível a parte do débito relativo ao fornecimento de bebidas, havendo, assim, uma dispensa do pagamento do imposto relativamente apenas a 70% (setenta por cento), percentual que teria sido estabelecido pela portaria mencionada, permanecendo uma dívida no valor correspondente a 30% (trinta por cento), que seria referente à venda de bebidas.

Como afirmei, impressionado pelos bem lançados argumentos do Fisco Estadual, e influenciado por ter por legítima a cobrança do ICMS, por mim sempre adotada, quando se tratava de 'fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e similares', anteriormente à Lei Estadual n. 8.198/1992, aqui mencionada, já cheguei a acolher a tese ora exposta pela Fazenda.

Todavia, à luz de novos argumentos e após demoradas reflexões, verifiquei que as coisas não são bem assim como eu pensava e não tenho nenhum constrangimento em confessar o meu involuntário equívoco, daí porque entendo ilíquido e incerto o título consubstanciador do alegado crédito.

De logo observo que o diploma legal referenciado cuida apenas de dispensar do pagamento do ICMS o fornecimento de alimentação, mantendo íntegro o crédito quanto a bebidas.

A lei não estipula nenhum percentual que, do *fornecimento global* de alimentação e bebidas, corresponderia a bebidas.

Mas, ainda que o fizesse, seria sobre terras movediças, posto que o percentual que viesse a ser estabelecido seria aleatório.

Ora, como sabido e consabido, o ICMS tem como base de cálculo o valor efetivo da operação.

No caso, o fato imponível é, assim, a venda de bebidas.

Com efeito, o ICMS incidirá sobre o valor das efetivas operações referentes à saída de bebidas.

Não se pode aleatoriamente quantificar que do fornecimento global de alimentação e bebidas, trinta por cento corresponderia a essas últimas.

É certo haver situações em que a base de cálculo pode ser arbitrada, conforme o editado pelo art. 148 do CTN.

No entanto, o caso em exame refoge, às inteiras, às hipóteses previstas naquele indicado dispositivo.

Por outro lado, anoto, que a certidão cogitada não faz nenhuma

distinção entre ‘alimentação’ e ‘bebidas’, cuida apenas de referenciar, *englobadamente a fornecimento de alimentação e de bebidas*, sem estabelecer o exato percentual que corresponderia a uma e a outra dessas mercadorias que constituem base de cálculo da exação em tablado.

Com efeito, ilíquida e incerta, tornou-se o instrumento em que estaria consubstanciada a dívida do contribuinte.

Não posso deixar de registrar a minha perplexidade em deparar-me que essa produção legislativa que tanto prejuízo poderá vir causar à Fazenda de São Paulo, que já tinha obtido, nos altos Pretórios do País, o reconhecimento da legitimidade da cobrança do tributo em tablado nas operações referentes ao fornecimento de alimentação e bebidas nas atividades analisadas.

Todavia, se quisesse, por uma questão de política tributária, dispensar a incidência dessa exação somente às operações atinentes ao fornecimento de alimentação sem contemplar a venda de bebidas, bem que poderia tê-lo feito sem as feições tributárias teratológicas, como acima apontadas.”

Essa bem lançada fundamentação conduziu a Turma, sem discrepância de votos, a rever o entendimento antecedente, comportando memorar as preciosas observações feitas pelo eminente Ministro Demócrito Reinaldo:

“... a lei dispensou o ICM incidente sobre o fornecimento de alimentação em bares e restaurantes e quejandos. Todavia, a saída de bebidas continua a ser tributada. Por outro lado, a lei não estabeleceu percentual a incidir sobre a saída de alimentos e de bebidas. Torna-se, pois, evidente, que essa separação, no pertinente à quantificação do fornecimento da alimentação e a fixação do valor das bebidas há de ser feita, pelo estabelecimento, no instante mesmo do fornecimento dessas mercadorias – alimentação e bebida. É curial, pois, que, na certidão da dívida ativa, para se revestir da liquidez, ter-se-ia de inscrever, tanto o preço total da alimentação, como o valor integral da bebida. Somente assim poder-se-ia excluir o pagamento do tributo sobre a parte da operação isenta, de acordo com a lei. Aqui, vale o magistério do Ministro Cesar Asfor Rocha: ‘Se o auto de infração reporta-se, englobadamente, a fornecimento de alimentação e bebidas, e tendo a lei dispensado o pagamento do tributo referente a uma delas (mercadorias), o crédito tornou-se ilíquido e incerto’ (REsp n. 63.828-3).

De nenhuma valia a circunstância de a Portaria n. 1/1993, já depois de consumado o fato gerador (fornecimento de alimentação e bebidas) tenha estabelecido os percentuais de 70% para as refeições (alimentos) e de 30%, para as bebidas. A portaria não poderia alterar o valor de operações já realizadas, nem a percentualização do tributo. Exemplificativamente: numa dessas operações, um determinado estabelecimento poderá fornecer, ao cliente, um total de cinquenta reais (R\$ 50,00), sendo dez reais (R\$ 10,00) de alimentação e quarenta reais (R\$ 40,00) de bebidas. Injusto, pois, e manifestamente ilegal, a exigência de 70% do ICMS. A portaria não é instrumento legislativo para instituir tributo, nem alterar-lhe a alíquota ou a base de cálculo. Essa iniciativa encontra limites no princípio da legalidade.

Inexistindo, pois, na certidão da dívida ativa, distinção entre o preço da alimentação e o valor total das bebidas, com base nas notas fiscais expedidas pelo estabelecimento, no momento em que se realizou a operação, é ela indubitavelmente ilíquida, e, portanto, despida de executoriedade” (REsp n. 65.234-0-SP).

Cinturadas as razões dos julgados que, de vez, assentaram a compreensão unânime dos integrantes da Turma, deixando ao largo aquela que orientou os precedentes, alinhadas como a motivação, *voto negando provimento*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 258.137 – SP

(Registro n. 2000.0043577-5)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Funes, Dória e Cia Ltda
Advogados: José Galhardo Viegas de Macedo e outros
Recorrido: Município de São José do Rio Preto
Advogados: Marco Antônio Miranda da Costa e outros

EMENTA: Processual Civil e Tributário – Prescrição intercorrente – Despacho citatório – Artigo 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980 –

Artigo 218, § 4º, do Código de Processo Civil, e artigo 174 do Código Tributário Nacional – Interpretação sistemática – Preliminar de prescrição acolhida – Extinção do processo com base no artigo 269, IV, do diploma processual civil.

1. A mera prolação do despacho que ordena a citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, em combinação com o art. 219, § 4º, do Código de Processo Civil e com o art. 174 e seu parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

2. Recurso especial provido para, acolhendo a preliminar de prescrição suscitada, declarar extinto o processo, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão e Humberto Gomes de Barros. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Garcia Vieira e Milton Luiz Pereira.

Brasília-DF, 24 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 5.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Funes, Dória e Cia Ltda apresenta recurso especial pelas letras a e c do permissivo constitucional, contra acórdão (fls. 80/86), assim ementado (fl. 80):

“Execução fiscal. Prescrição. Ordem de citação proferida dentro do quinquênio. Cumprimento após a fluência do prazo. Irrelevância, diante da nova redação imprimida ao art. 219, § 3º, do Código de Processo Civil, pela Lei n. 8.952/1994.

ISSQN. Imposto. Serviços de qualquer natureza. Base de cálculo. Deduções do Decreto-Lei n. 406/1968. Inadmissibilidade, após a Constituição Federal de 1988 (art. 151, II). Alínea a do § 2º do art. 9º não recepcionada pela nova Carta Política. Isenção só admissível se viabilizada pelo próprio agente tributante, uma vez vedada a invasão de competência.”

Do decisório supra-alinhado foram opostos embargos declaratórios (fls. 92/93), cujo julgamento (fls. 98/99) resultou na rejeição unânime dos mesmos.

Agora, em sede de recurso especial, a Recorrente sustenta que o decisório impugnado violou o artigo 174, I, do Código Tributário Nacional por não reconhecer prescrito o crédito tributário, ao postular entendimento de que o despacho que ordena a citação é causa, por si só, interruptiva da prescrição e, também, os artigos 8º e 9º do Decreto-Lei n. 406/1968, ao considerar sujeito à incidência do ISS o fornecimento de medicamentos e refeições servidos em hospitais, assim como divergiu do entendimento de outros tribunais sobre a matéria.

Os preceitos legais acusados de afrontados assim estabelecem:

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único:

I – pela citação pessoal feita ao devedor.”

“Art. 8º. O imposto de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviços constantes da lista anexa.”

“Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.”

Para indicar o dissenso pretoriano relativamente à ocorrência da prescrição cita diminuto trecho do acórdão proferido na REO n. 237-MT, Relator o Desembargador Odiles Freitas Souza (in Revista dos Tribunais n. 648, p. 165):

“Não efetivada a citação do executado decorridos mais de cinco anos da propositura da ação, correta é a decisão que julgou prescrito o débito tributário e extinto o processo.”

Para caracterizar a divergência no que toca à incidência do ISS sobre o fornecimento de medicamentos e refeições aos hospitais, cita decisório desta relatoria, assim sumulado:

“Tributário. Serviços hospitalares. ISS. Medicamentos utilizados e refeições servidas nos hospitais. Não-incidência.

1. Não há que se falar em incidência do ISS sobre mercadorias envolvidas na prestação do serviço efetuado nos hospitais.

2. Precedente.

3. Recurso improvido.” (REsp n. 132.435-CE).

Em contra-razões apresentadas às fls. 123/138 argumenta-se, em suma, que:

1. em matéria de prescrição deve ser aplicada a Lei de Execução Fiscal, segundo a qual considerar-se-á interrompida a prescrição não mais pela citação, mas, simplesmente, pelo despacho do juiz que a ordenar;

2. no caso em tela, o crédito tributário foi inscrito na dívida ativa em 12 de maio de 1992, tendo sido suspenso por 180 dias e, somente após esta data, voltou a correr para ser interrompido em 4 de junho de 1996 com o despacho do juiz ordenando a citação;

3. aplica-se, ao caso, a Súmula n. 106-STJ;

4. o § 2º do artigo 9º do Decreto-Lei n. 406/1968 entrou em desuso em face das modificações introduzidas pela Lei Complementar n. 56/1987, pois as ressalvas à tributação do ISS sobre mercadorias fornecidas na prestação de serviço, não ficaram sujeitas ao ICMS, agora estão contidas na própria lista de serviços, salientando-se, ainda, que o legislador alterou somente o § 3º do artigo 9º do citado Decreto-Lei n. 406/1968;

Em juízo de prelibação exarado às fls. 141/142, o recurso especial foi admitido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do recurso por ambas as alíneas do permissivo constitucional, posto ter efetivamente ocorrido o debate sobre os preceitos infraconstitucionais acusados de feridos e por ter sido demonstrado o dissídio pretoriano alegado.

Ressalto, ainda, que examino o recurso em face de que, embora transitada em julgado a questão constitucional, esta diz respeito apenas à questão da incidência ou não do ISS sobre o fornecimento de medicamentos e refeições a hospitais, remanescendo incólume, para exame por este Sodalício, a questão infraconstitucional referente à prescrição.

Passada a análise das preliminares relativas à admissibilidade do recurso especial, examino, agora, a preliminar de prescrição suscitada pela Recorrente.

O cerne da questão gira em torno de se saber se em sede de execução fiscal, tendo em vista o que prescreve o artigo 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, é bastante a mera prolação do despacho citatório para interromper a prescrição ou se este efeito apenas se concretiza através da obediência ao preceituado nos artigos 219, § 4º, do Código de Processo Civil, em combinação com o artigo 174 do Código Tributário Nacional.

Sobre o assunto, este Sodalício tem jurisprudência consolidada no sentido de que em sede de execução fiscal, não é suficiente, para interromper a prescrição do crédito tributário, a simples prolação do despacho citatório, pois tal configuraria uma situação de prorrogação indeterminada da interrupção do lapso prescricional em odioso privilégio em prol da Fazenda Pública.

É de se conferir o teor dos escólios abaixo alinhados:

“Processual Civil e execução fiscal. Prescrição. Despacho citatório. Lei n. 6.830/1980, art. 8º, § 2º; CPC, art. 219, § 4º; CTN, art. 174.

1. No processo de execução fiscal, o despacho ordenando a citação do executado, por si, não produz o efeito de interromper a prescrição (Lei n. 6.830/1980, art. 8º, § 2º, c.c. os arts. 219, § 4º, CPC, e 174, CTN). Persistência do prazo quinquenal.

2. Jurisprudência uniformizada estadeada em embargos de divergência (Primeira Seção do STJ).

3. Recurso improvido.” (REsp n. 81.832-RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 25.11.1996).

“Embargos de divergência em recurso especial. Execução fiscal. Despacho citatório que não interrompe a prescrição. Artigo 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980. A norma acima mencionada deve ser interpretada em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC, ou seja, no sentido de que não se efetuando a citação nos prazos aludidos nos parágrafos anteriores, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

Embargos de divergência recebidos” (EREsp n. 34.850-SP, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJU de 19.8.1996).

“Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Interrupção. Despacho citatório. Segunda via. Lei n. 6.830/1980, art. 8^o; CTN, art. 173. Precedentes STJ.

– Permanecendo inerte o mandado de citação desde a sua expedição, fazendo-se necessária a expedição de uma segunda via, esta só se verificou sete anos após o ajuizamento da execução, portanto, após ocorrida a prescrição.

– Recurso não conhecido.” (REsp n. 38.228-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJU de 22.4.1996).

“Processual Civil. Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Despacho citatório. Ausência de citação. Efeitos. Lei n. 6.830/1980, art. 8^o, IV; CPC, art. 219, § 4^o; CTN, art. 174, parágrafo único. Interpretação sistemática. Em sede de execução fiscal, a mera prolação do despacho que ordena a citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8^o, § 2^o, da Lei n. 6.830/1980, em combinação com o art. 219, § 4^o, do Código de Processo Civil e com o art. 174 e seu parágrafo único do Código Tributário Nacional. Embargos rejeitados.” (EREsp n. 36.855-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 19.6.1995).

No mesmo sentido é o posicionamento da Augusta Corte Suprema:

“As disposições do artigo 40 e seus parágrafos, da Lei n. 6.830/1980, devem ser interpretadas em harmonia com o princípio geral da prescrição tributária contido no art. 174 do Código Tributário Nacional, que é lei complementar. Este entendimento de afastar a prescrição por tempo indefinido se assenta no princípio de que deve haver um momento de estabilidade jurídica, geradora da paz social, que é o objetivo primordial do Poder Judiciário, e esta estabilidade, em termos de prescrição da ação para a cobrança do crédito tributário, se assenta no art. 174, fixada em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva, só interrompida nas hipóteses que enumera no seu parágrafo único, não incluídas nestas a do art. 40 da Lei n. 6.830/1980.” (in RSTF 17/359).

“Execução fiscal. A interpretação dada, pelo acórdão recorrido,

ao art. 40 da Lei n. 6.830/1980, recusando a suspensão da prescrição por tempo indefinido, é a única susceptível de torná-lo compatível com a norma do art. 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, a cujas disposições gerais é reconhecida a hierarquia de lei complementar.” (in RTJ 119/328).

“Prescrição. Execução fiscal. Embargos do devedor. O pedido de parcelamento do débito fiscal importa em interrupção da prescrição (CTN, art. 174, parágrafo único, inciso IV). Determinada a citação do devedor, antes de fluir o quinquênio prescricional, e expedido o mandado de citação, nenhum requerimento formulou o credor, desde o despacho ordenando a citação, com vistas a prorrogar-se o prazo indispensável à sua realização, nada reclamando contra a demora no cumprimento do mandado. Aplicação do art. 219, §§ 3º e 4º, do CPC, em ordem a ter-se como insubsistente o antecipado efeito da interrupção da prescrição. Inércia do credor caracterizada. Negativa de vigência do art. 174 do CTN. Prescrição consumada. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (in RTJ 118/613).

Pelos fundamentos acima expostos, dou provimento ao recurso para acolher a preliminar de prescrição suscitada e extinguir o processo com base no artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.

Inversão dos ônus sucumbenciais.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 258.797 – MG

(Registro n. 2000.0045824-4)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A – Usiminas
Advogados: Joaquim Ruiz de Gamboa Netto e outros
Recorrida: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais
Advogados: Francisco de Assis V. Barros e outros
Sustentação oral: Joaquim Ruiz de Gamboa Netto (pela parte-recorrente)

EMENTA: Processual – Intimação de sentença sem entrega dos autos ao advogado – Retenção dos autos em cartório.

– O prazo de recurso não se inicia se, apesar de intimado, o advogado não tem acesso aos autos que ficaram retidos em cartório, para publicação da sentença.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 16 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 5.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O egrégio Tribunal **a quo** deixou de conhecer da apelação, porque a considerou intempestiva. Para chegar a tal constatação, louvou-se em voto desenvolvido nestas palavras:

“Preliminarmente, impõe-se um registro analítico sobre a tempestividade do recurso.

A sentença foi proferida em 5.2.1998 – fl. 126-TJ.

No mesmo dia, a escrivania do cartório certificou haver dela intimado o Dr. Bruno de Andrade Rodrigues Lúcio, patrono da executada-apelante, cujo ‘ciente’ veio a ser lançado nos autos – fl. 129-TJ.

Logo abaixo dessa certidão, porém, certificou o cartório a publicação da sentença, *para ciência dos interessados*, nos ‘D.A’, da comarca, datando essa intimação de 12.2.1998 – fl. 129-TJ.

O recurso foi interposto em 26.2.1998 – fl. 129v. – TJ.

Na nota 6 ao art. 241 do CPC, **Theotônio Negrão** destaca:

‘Começa a correr o prazo, também, da ciência inequívoca que o advogado tenha da decisão ou da sentença’ (segue-se vasta remissão a julgados que dividem no mesmo sentido). (26ª ed., p. 224).

Assim, tomando que o procurador da Recorrente, Dr. Bruno de Andrade Rodrigues Lúcio, foi intimado da sentença no dia 5.2.1998, daí é que começou a correr o prazo para o recurso, e não do dia 12.2.1998, data da publicação no jornal.

Se o **dies a quo** foi 5.2.1998, o prazo recursal venceu-se no dia 20.2.1998.

Evidente, pois, a intempestividade do recurso protocolado no dia 26.2.1998.” (fls. 170/171).

Houve embargos declaratórios que vieram a ser rejeitados.

Em recurso especial, a então apelante queixa-se de ofensa aos artigos 155, 237, 247 e 463 do Código de Processo Civil. Para demonstrar dissídio pretoriano, oferece acórdãos formados no STJ.

O apelo especial foi reprovado no juízo de admissibilidade. Provi, entretanto, agravo de instrumento, para melhor examinar a controvérsia.

Este, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Sr. Presidente, observo que a certidão registra a intimação pessoal do eminente advogado, Dr. Bruno, do inteiro teor da sentença. Há uma seqüência de certidões. Em uma, datada do dia 5, há a assinatura do advogado, sem data. Há outra, datada do dia 12, dizendo que a sentença foi publicada para ciência dos interessados no D.A. dessa data.

Em verdade, a apelação foi manejada, entregues os autos, no dia 26.2.1998. É interessante que a escritã dá uma rubrica que parece número. Não há referência à tempestividade aqui. “Não se conformando, **data venia**, vem dela recorrer para o egrégio Superior Tribunal de Justiça...”. “Subam os autos ao egrégio...” O juiz recebeu o apelo. O Recorrido não fez

nenhuma impugnação quanto ao tempo. Penetrou no mérito imediatamente. O recurso subiu ao Tribunal de Justiça. O desembargador fez o relatório. O Ministério Público propõe o provimento do recurso, sem fazer nenhuma referência à tempestividade. A Fazenda Pública pede vista dos autos. Não há notícia de que haja qualquer imputação de intempestividade. O relatório, muito sucinto, não faz nenhuma referência. Diz, simplesmente, que a Apelante sustenta não haver lugar para a aplicação do art. 26, etc. Inexistência de cancelamento. O processo vai a julgamento e o Relator levanta essa preliminar de intempestividade, nos termos em que transcrevi.

Sr. Presidente, advoguei a vida inteira. O professor Haroldo Valadão, de quem tive a honra e a felicidade de ser aluno, nos deu alguns conselhos a respeito da advocacia. O primeiro deles era de que, na sustentação, o advogado deve ser objetivo e eliminar até as saudações. Cada tremida de voz – dizia o professor Valadão – é um segundo que se perde na sustentação, e o advogado não pode perdê-lo. Ele dizia também que, no fórum funciona aquela regra de que “cada roca tem seu fuso e cada terra tem seu uso”. Aconselhava-nos que cada vez que fôssemos advogar em um lugar que não fosse a sede da nossa advocacia, assessorássemos-nos com um advogado conhecedor dos costumes daquele fórum. Aqui, na verdade, verificamos que houve essa intimação no dia seguinte à sentença, mas, os autos permaneceram em cartório, para a publicação da sentença. A preocupação era tão pouca, a segurança era tanta de que essa intimação não foi para efeito de abrir prazo, que nenhuma das partes fez referência a ela. A suposta intimação, pelos costumes daquela comarca, não dispensava a publicação da sentença, para abrir o prazo do recurso. Não se levantou. E, então, numa preliminar de julgamento, levantada sem qualquer referência no relatório surpreendeu o advogado.

Penso que o processo não pode servir como armadilha para se fugir ao mérito das questões. Na hipótese, o advogado foi absolutamente surpreendido e, como disse S. Ex.^a da tribuna, não se lhe garantiu o devido processo legal para que ele se defendesse.

Por isso, Sr. Presidente, dou provimento ao recurso para o declarar tempestivo e determinar o retorno dos autos para que se prossiga no julgamento da causa.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Sr. Presidente, o advogado com poderes para receber intimação foi intimado no dia 5. O oficial certificou isso.

Quando pôs o ciente, ele não datou e também não disse que não tinha poderes para receber intimação e nem citação. Há, contudo, esse detalhe que V. Ex.^a lembrou, porque foi intimada uma parte e a outra não. Depois, veio a publicação. O prazo seria a partir dessa.

Com essas considerações, acompanho o eminente Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 260.151 – MG

(Registro n. 2000.0050331-2)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais
Procuradores: Paula Abranches de Lima e outros
Recorrido: Vicente de Paulo Assis
Advogados: Antônio Orfeu Braúna e outros

EMENTA: Servidor público – Férias-prêmio não gozadas por opção – Conversão em pecúnia – Imposto de Renda – Não-incidência – Caráter indenizatório.

1. O fato de as férias-prêmio não terem sido usufruídas por opção do servidor, não lhe retira o caráter indenizatório daí, porque, não incidir sobre elas, o Imposto de Renda.

2. Recurso especial ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar seguimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão e Humberto Gomes de Barros. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Garcia Vieira e Milton Luiz Pereira.

Brasília-DF, 23 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 5.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: A Fazenda Pública de Minas Gerais desafia recurso especial por ambas as alíneas do permissivo constitucional, contra aresto assim ementado (fl. 75):

“Férias-prêmio. Indenização. Imposto de renda. Hipótese de não-incidência. A orientação da jurisprudência já pacificou o entendimento de que o pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço não está sujeito ao Imposto de Renda.”

A Recorrente afirma a ocorrência de violação aos artigos 43, 44 e 45, parágrafo único, do Código Tributário Nacional:

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

“Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.”

“Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o art. 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.”

E invoca dissídio pretoriano com acórdão da relatoria do ilustre Ministro José Arnaldo, cuja ementa diz:

“Recurso especial. Administrativo. Férias-prêmio não gozadas por opção do servidor. Incidência de imposto de renda. Dissenso com a Súmula n. 136-STJ.

– O entendimento sumulado é no sentido de uma recomposição a um prejuízo sofrido, que tenha natureza indenizatória, em função da necessidade do serviço, diferentemente do servidor que não goza suas férias por opção sua. Neste caso, deve incidir o imposto de renda.

– Recurso conhecido e provido pela alínea c.”

Pugna, com base no acima exposto, pelo provimento do recurso.

Foram ofertadas contra-razões (fls. 97/101), alegando-se falta de prequestionamento dos dispositivos legais e não-demonstração correta do dissídio invocado.

Despacho de admissão recursal exarado às fls. 103/104.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do recurso especial. A matéria federal encontra-se prequestionada e demonstrado o dissídio invocado.

Nego-lhe, contudo, provimento.

O argumento utilizado pela Recorrente em prol do qual incidiria o Imposto de Renda sobre as férias-prêmio não gozadas por opção do servidor, porque esta não-incidência estaria condicionada “à comprovação de indeferimento de seu gozo por necessidade de serviço, documentalmente demonstrada”, no meu entendimento, não pode vicejar.

Isto porque, o espírito do enunciado da Súmula n. 136 deste Sodalício, firmado após a apreciação de várias lides idênticas à presente, levou em consideração a natureza indenizatória da verba referente às férias-prêmio.

Estou de acordo com o eminente prolator do voto-condutor recorrido quando diz às fls. 77/78, que:

“A renda é o acréscimo de patrimônio ou o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos (Código Tributário Nacional, art. 43). O resgate, em dinheiro de férias-prêmio, quando legalmente admitido aquele e devidas estas, não constitui qualquer acréscimo, mas

apenas troca patrimonial. Não há exigência de que se trate de troca compelida pela Administração Pública ou troca voluntária. É, em ambos os casos, mutação patrimonial, sem o fato gerador do imposto, que é a renda. Também será forçado admitir que a relação indireta com o trabalho traduza a indenização por produto do trabalho. Este é o salário ou até as férias-prêmio. Não o será a parcela que compensa a negação do produto do trabalho. A natureza indenizatória do pagamento **in pecunia** das férias-prêmio foi, por isso, adequadamente reconhecida pelo art. 31, II, da Constituição do Estado de Minas Gerais, que serve de idônea referência para o presente caso.

O requisito da necessidade do serviço que tenha imposto a conversão do gozo das férias-prêmio em dinheiro não é da essência da mutação patrimonial de natureza indenizatória.

Logo, não se exige que tenha sido o interesse do serviço público a causa determinante da conversão das férias-prêmio em pecúnia. Feita a conversão, desde que sem vedação legal, válida a conversão, o seu produto tem natureza sempre indenizatória.”

Por outro lado, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte acerca da matéria:

“Servidor público estadual. Férias-prêmio não gozadas e convertidas em pecúnia. Imposto de renda. Não-incidência. Súmulas n. 125 e 136.

A indenização pecuniária relativa a férias-prêmio não gozadas por opção do servidor não constitui fato gerador para que sobre ela incida o imposto sobre a renda. ‘O fato de a conversão ter se dado por opção do servidor e não por necessidade de serviço não descaracteriza a natureza indenizatória do pagamento, pois o que afasta a incidência tributária não é a necessidade de serviço, mas, sim, o caráter indenizatório das férias, o fato de não podermos considerá-la como ‘renda’ ou ‘acréscimo pecuniário’.” (Ag n. 157.735-MG, Relator o Ministro Hélio Mosimann, DJU de 5.3.1998).

Precedentes.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 244.079-MG, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 11.9.2000).

“Tributário. Imposto de renda. Incidência. Férias e licença-prêmio.

As férias e licença-prêmio não gozadas e convertidas em dinheiro não se sujeitam ao Imposto de Renda. Súmulas n. 125 e 136 do STJ.

Recurso improvido.” (REsp n. 251.887-AL, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 14.8.2000).

Posto isto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 268.293 – SP

(Registro n. 2000.0073607-4)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradores: Gisele Marie Alves Arruda Raposo e outros
Recorrente: Comar Comercial de Automóveis Martinópolis Ltda
Advogados: Pablo Arruda Araldi e outros
Recorridos: Os mesmos
Sustentação oral: Pablo Arruda Araldi (pela segunda recorrente)

EMENTA: Tributário – Mandado de segurança – Declaração de compensação de ICMS – Substituição tributária para frente – Comercialização de veículos automotores – Base de cálculo estabelecida por estimativa maior que a real – Acórdão sustentado em preceito constitucional (art. 150, § 7º, da CF/1988) e local (Decreto Estadual n. 33.118/1991) – Impossibilidade de ser apreciada a questão em sede de recurso especial – Alegativa de ausência de direito líquido e certo repelida – Art. 1º da Lei n. 1.533/1951.

1. Vislumbra-se, da leitura do voto-condutor do aresto impugnado, que há, unicamente, fundamentos de natureza constitucional e de direito local a sustentarem a conclusão assumida pelo Tribunal a quo na linha de que merece ser ressarcida a impetrante do ICMS recolhido a maior, corrigido monetariamente, o que torna inviável a apreciação do especial em relação a este ponto.

2. A ofensa ao art. 1º da Lei n. 1.533/1951, fundamentada na ausência de direito líquido e certo, deve ser repelida, pois, da inicial

claramente se infere que o objeto do **mandamus** não é discutir o valor exato dos créditos, que poderão ser a qualquer tempo impugnados pelo Fisco, mas, tão-somente, o reconhecimento do direito à compensação e à sua atualização monetária.

3. Recurso especial da Fazenda do Estado de São Paulo conhecido parcialmente e, nesta parte, improvido.

Processual Civil – Mandado de segurança preventivo – Prazo decadencial – Art. 18 da Lei n. 1.533/1951 – Inaplicabilidade.

1. É inaplicável o prazo decadencial de 120 dias ao mandado de segurança preventivo que visa à proclamação do direito ao creditamento de valores de ICMS recolhidos a maior por ocasião da venda de veículos por preço inferior ao que serviu de base de cálculo à retenção, na chamada “substituição tributária para frente”, e busca a prevenção contra eventual autuação por parte da autoridade fiscal em decorrência de tal procedimento.

2. Recurso especial da empresa provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso da Fazenda e, na parte conhecida, negar-lhe provimento e dar provimento ao recurso da empresa. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Brasília-DF, 17 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 4.12.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Em exame, dois recursos especiais que visam à modificação de acórdão (fls. 478/485) proferido pela Sétima Câmara “Julho/1999” de Direito Público do TJSP, assim ementado (fl. 478):

“ICMS. Ressarcimento do tributo pago a maior, corrigido e mediante compensação. Admissibilidade, respeitado no caso, porém, o período decadencial de 120 dias anteriores ao ajuizamento do **mandamus**. Aplicação do art. 248 do Decreto n. 33.118/1991, c.c. o art. 150, § 7^o, da CF/1988. Segurança concedida em 1^o grau. Reexame necessário parcialmente provido. Recursos voluntários improvidos.”

Embargos de declaração foram manejados por ambas as partes, tendo, porém, sido rejeitados sob os fundamentos declinados na ementa seguinte (fl. 516):

“Embargos de declaração. Inocorrência de omissão, obscuridade ou contradição. Caracterização de sentido meramente infringencial. Rejeição, com correção de erro material.

Embargos de declaração. Interposição intempestiva pela Fazenda Estadual. Não-conhecimento.”

Historiam os autos que a empresa Comar Comercial de Automóveis Martinópolis Ltda impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, em face da Fazenda do Estado de São Paulo requerendo (fls. 32/33):

“a) conceda liminar determinando a d. Autoridade-impetrada abstenha-se de efetivar qualquer medida restritiva ao direito da Impetrante de utilizar, nos termos da lei, os créditos retidos a maior em operações pretéritas e futuras de ICMS, procedendo na forma do **caput** do art. 248 do RICMS, sem as restrições introduzidas pelo Decreto n. 41.653/1997;

b) autorize, *por conta e risco da Impetrante*, a transferência dos créditos, com fundamento no art. 150, § 7^o, da CF, na forma do art. 248, **caput**, do RICMS, corrigidos monetariamente, pela variação da Ufesp para o seu fornecedor, independentemente das restrições propostas pela Autoridade-impetrada e presentes no Decreto n. 41.653/1997, desde a instituição do regime da substituição tributária;

c) determine a expedição de ofício à Volkswagen do Brasil Ltda, sediada na Via Anchieta, Km 23,5 – São Bernardo do Campo-SP, CEP 09823-000 e à Cotia (BR) Serviços e Comércio S/A, sediada na Av. Jerônimo Monteiro, 1000 – 12^o andar, sala 1.213 – Vitória-ES. CEP 29.014-900, comunicando a transferência de créditos a ser realizada

para fins de ressarcimento, sem as restrições impostas pela autoridade coatora, presentes no Decreto n. 41.653/1997.”

O r. Juízo monocrático concedeu a segurança nos seguintes termos (fl. 363):

“Ante o exposto, *concedo* a ordem de segurança reclamada na inicial, com fundamento no artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, para assegurar à Impetrante, a imediata e preferencial restituição das quantias pagas a maior, a título de ICMS, em operações pretéritas ou futuras, em que tenha havido substituição tributária, ressalvadas aquelas cujo pagamento do tributo tenha ocorrido há cinco anos ou mais, ficando assegurado à Impetrante, proceder na forma do artigo 248 do RICMS do Estado, independentemente das restrições impostas pela Autoridade-impetrada. Eventuais créditos serão corrigidos monetariamente pela variação da Ufesp, ficando a Autoridade-impetrada, impedida de obstar o direito da Impetrante, competindo-lhe, no entanto, fiscalizar a regularidade das operações.”

Irresignadas, ambas as partes apelaram, tendo o egrégio órgão fracionário do Tribunal de origem, por maioria de votos, negado provimento à apelação da Impetrante e dado provimento parcial ao reexame necessário para reconhecer a compensação do tributo recolhido a maior, corrigido monetariamente, mas somente em relação ao período decadencial de 120 dias anteriores ao ajuizamento do **mandamus**.

Neste momento, em sede de recurso especial (fls. 526/545) apresentado ao abrigo da alínea **a** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, sustenta a empresa Comar Comercial de Automóveis Martinópolis Ltda, unicamente, violação ao *art. 18 da Lei n. 1.533/1951* (“O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”), aduzindo, em síntese, que:

a) mostra-se imperiosa a aceitação do presente recurso, eis que o v. aresto contraria expresso dispositivo de lei federal, no caso, o art. 18 da Lei n. 1.533/1951, que foi aplicado em *writ* de caráter preventivo, proibindo a restituição de créditos gerados há mais de 120 dias da impetração;

b) é inaplicável ao caso o prazo decadencial dado o caráter preventivo do **mandamus**, que visa à proclamação de direito à restituição de

forma imediata do ICMS retido a maior por conta da sistemática da substituição tributária;

c) o mandado de segurança preventivo insurge-se contra ato ilegal iminente, a ser praticado pela Autoridade-impetrada (eventual autuação em decorrência de aproveitamento imediato dos créditos). Trata-se, pois, de direito ameaçado e não violado, inexistindo o ato coator, que se quer justamente prevenir.

Contra-razões foram apresentadas ao especial (fls. 703/717), defendendo a Fazenda:

a) a inadequação da via do mandado de segurança para apreciação do direito postulado, não podendo o mesmo ser utilizado para alcançar fatos ocorridos anteriormente a 120 dias da impetração em razão de operar-se a decadência do direito processual de seu ajuizamento, merecendo, neste ponto, ser mantido o v. aresto hostilizado;

b) aplicação dos verbetes n. 266-STF, que preceitua “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese” e 271, assim posto “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”;

c) inexistente qualquer previsão constitucional ou de hierarquia superior que determine ou autorize a devolução ao substituído dos valores supostamente recolhidos a maior, em virtude de ter eventualmente comercializado seus produtos por preços inferiores à base de cálculo estabelecida pela legislação como aplicável à espécie;

d) o direito postulado não guarda nenhuma relação com o art. 150, § 7º, da CF/1988, nem com a Lei Complementar n. 87/1996, que dispõem exclusivamente sobre a não-ocorrência do fato gerador presumido, ao passo que o art. 66-B, II, estabeleceu, por seu turno, o aludido direito adicional no tocante à prática de preços de venda pelo substituto inferiores aos contemplados na base de cálculo legalmente estabelecida para a hipótese;

e) claro está que jamais se poderia falar em direito líquido e certo a ser amparado nesta impetração, eis que o que está a pretender a Impetrante é a aplicação retroativa de dispositivo contemplado na Lei Estadual n. 6.374/1989 somente após outubro de 1995 e sem ater-se à observância das condicionantes estabelecidas pela própria lei para o aproveitamento do benefício.

No recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo

(fls. 654/677) com apoio nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alega-se infringência aos seguintes preceitos normativos:

– *art. 1^a da Lei n. 1.533/1951* (“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou haver justo receio de sofrê-la por parte da autoridade, seja de que categoria for, e sejam quais forem as funções que exerça”);

– *art. 333, I, do CPC* (“O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito);

– do CTN:

– *art. 109* (“Os princípios gerais de Direito Privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”);

– *art. 166* (“A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”);

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

– *art. 194* (“A legislação tributária, observado o disposto nesta lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação”);

– *art. 111, III* (“Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias”);

– *art. 113, § 2^a* (“A obrigação tributária é principal ou acessória. § 2^a. A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”).

Sustenta, em suma, que merece ser reformado o aresto de 2º grau pelos seguintes motivos:

a) ter violado os arts. 1ª da Lei n. 1.533/1951, e 333, I, do CPC, e Súmulas n. 266 e 271-STF, porque ausente o direito líquido e certo na impetração, uma vez que não previsto na legislação o creditamento ou a transferência pretendida, não sendo possível ao Poder Judiciário, suprindo a ausência de uma norma legal autorizadora nos moldes desejados pela Impetrante, proferir provimento que se erija em verdadeiro substitutivo do dispositivo da lei instituidora do tributo no Estado, o qual dispõe manifestamente em contrário, convertendo-se em regra de conduta a ser observada pela autoridade administrativa. Por outro lado, a matéria em debate envolve necessariamente dilação probatória, inadmissível em sede mandamental. Além disto, cumpria ao Autor provar seu direito (art. 333, I, do CPC) e não o fez. Constata-se, ainda, ter a Empresa postulado **mandamus** francamente normativo, de cunho nitidamente declaratório, sendo, pois, carecedor da segurança, obrigando à extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, IV e VI, do CPC);

b) não pode ser carreado ao Fisco o suposto prejuízo decorrente de procedimento adotado pela Impetrante em seu próprio interesse e ao qual não foi forçada, sob pena de ofensa ao art. 109 do CTN;

c) a pretensão acolhida pelo aresto equivale a uma recuperação de imposto já recolhido aos cofres públicos, fato suficiente para indicar que, totalmente alheia à hipótese dos autos e ao próprio sentido e alcance do princípio da não-cumulatividade, a Autora veiculou o pedido através de mandado de segurança, em desatendimento ao art. 166 do CTN, e à Súmula n. 546 do Supremo Tribunal Federal, ao passo que a Súmula n. 269 daquela mesma Corte, também estabelece com clareza que o “mandado de segurança não é substitutivo da ação de cobrança”;

d) a Constituição Federal e o art. 194 do CTN, outorgaram aos Estados competência exclusiva para regular a substituição tributária, negada pelo v. aresto. Assim, por força de sua competência plena, estabelecida no art. 155, I, b, c.c. os arts. 24, I, §§ 2ª e 3ª, e 25, § 1ª, da CF, os Estados, como é o caso de São Paulo, respeitadas as limitações constitucionais, podem editar a legislação tributária concernente a seus interesses imediatos, inclusive instituindo direitos, e regulá-los de acordo com o que nela vem estabelecido, segundo o art. 99 do CTN, e fazê-la cumprir, nos termos do art. 194 do mesmo estatuto;

e) a utilização de analogia para aplicar os arts. 247 e 248 do RICMS,

viola o disposto no art. 111, III, c.c. art. 113, § 2^a, do CTN, pois, tratando-se de questão vinculada à observação de requisitos formais, não seria possível ignorá-los, e muito menos ir além e substituir aquelas obrigações por outras sem contato com a norma original.

Interposto concomitantemente recurso extraordinário pela Fazenda Paulista (fls. 621/636), tendo sido contra-arrazoado (fls. 720/742).

Contra-razões foram apresentadas, também, ao especial da Fazenda (fls. 744/765), defendendo-se que o entendimento sufragado pelo aresto recorrido, com a exclusão da equivocada aplicação do fenômeno decadencial em *writ* preventivo, encontra-se em sintonia com a maioria dos julgados proferidos atualmente, que vem reiteradamente reconhecendo o direito à imediata e preferencial restituição, nos termos do art. 150, § 7^a, da CF/1988, c.c. art. 248 do RICMS, sem os óbices contidos no Decreto n. 41.653.

Parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo às fls. 767/770.

Em juízo de admissibilidade (fls. 772/775), deferiu-se o seguimento a todos os apelos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Analiso, **a priori**, o inconformismo da empresa Comar Comercial de Automóveis Martinópolis Ltda, apresentado com fundamento na alínea **a**.

Da análise dos requisitos de admissibilidade, vislumbro que o presente recurso merece ser conhecido pela alegada violação ao art. 18 da Lei n. 1.533/1951, que assim preceitua:

“O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”

Sustenta a Recorrente que o acórdão proferido pelo Tribunal **a quo** deve ser reformulado, unicamente, na parte referente à aplicação do prazo decadencial de 120 dias, contados da impetração do **mandamus**.

O voto-condutor do aresto questionado, na parte atacada, assim encontra-se posto (fl. 485):

“Em atenção ao reexame necessário, cumpre observar que a viabilidade do mandado de segurança subordina-se ao prazo máximo de 120 dias, contados da ciência do ato violado (cf. art. 18 da Lei n. 1.533/1951), não podendo atingir atos pretéritos, ainda que idênticos aos versados no feito. E, se como no caso, fatos geradores futuros podem dar ensejo à segurança, de caráter nitidamente preventivo – por inegável que o Chefe do Posto Fiscal de Martinópolis continuaria se recusando a aceitar o creditamento questionado, configurando-se aí a ameaça a direito líquido e certo – exato é igualmente concluir que, se a substituição pretendida passou a ser admitida a partir da modificação do art. 66-B da Lei n. 6.374/1989, imposta pela Lei n. 9.176/1995, não é a partir de então que a Impetrante poderá lançar mão dos créditos, mas, ante o disposto no referido art. 18 da Lei n. 1.533/1951, e não havendo notícia exata do momento da ciência do ato impugnado, assim como da data do ato lesivo ao direito, apenas em relação aos valores pagos a maior nos 120 dias anteriores à propositura da ação poder-se-á reconhecer o direito ao crédito imediato. E, com relação a períodos pretéritos, somente nas vias ordinárias poderá a interessada eventualmente conseguir o seu intento, inclusive com a possibilidade de investigação probatória, impossível de efetivar nos estritos limites do mandado de segurança.

Frente ao exposto, dá-se parcial provimento ao reexame necessário, para reconhecer que o direito nestes autos reclamado deverá cingir-se ao período de 120 dias anteriores ao ajuizamento do **mandamus** (fl. 2), ou seja, a partir de 21.10.1997, carecedora ela da ação, portanto, quanto ao interregno precedente a essa data. Improvidos os recursos voluntários.”

Argumenta a Empresa, em suma, que é inaplicável ao caso o prazo decadencial, dado o caráter preventivo do **mandamus**, que visa à proclamação de direito à restituição de forma imediata do ICMS retido a maior, por conta da sistemática da substituição tributária, prevenindo-se de autuação futura por parte da autoridade competente.

Tenho que a irresignação da Recorrente procede. Realmente, em vias de mandado de segurança preventivo, o entendimento manifestado, inúmeras vezes, por esta Corte, é na linha de que inexistente aplicação do prazo decadencial de 120 dias, previsto na legislação infraconstitucional (art. 18 da Lei n. 1.533/1951).

Verifica-se, nitidamente, que a intenção da Impetrante, ao ajuizar a ação mandamental, foi no intuito de obter declaração de que poderia compensar os créditos de ICMS havidos com a chamada “substituição tributária para frente”, e, em virtude disso, coibir qualquer ato coercitivo por parte da autoridade fiscal, no momento em que procedesse ao lançamento.

O próprio acórdão recorrido reconhece, expressamente, o caráter preventivo que possui o presente *writ* (fls. 481/482):

“Presente **in casu**, ainda, a feição nitidamente preventiva do **mandamus**, – já que a Autora impugna forma de conduta tributária que a Administração sequer põe em dúvida, – é certo que a impetração não se volta contra lei em tese, mas, sim, contra procedimento que receia venha a autoridade a assumir, em razão de práticas ou pronunciamentos anteriores, tal como já proclamou o colendo Supremo Tribunal Federal (RTJ – 116/283). Ademais, a inicial não cogita de valores, cuja apuração seria cabível em ação ordinária, mas, sim, do reconhecimento do direito à compensação de créditos escrituráveis, o que é diferente.”

Confirmam-se os precedentes desta Casa julgadora:

“Embargos de declaração em REsp. Mandado de segurança preventivo. Compensação de crédito. Prazo decadencial inaplicável. Liqueidez e certeza. Vícios intransponíveis.

Nos mandados de segurança preventivos, o Superior Tribunal de Justiça firmou seu posicionamento no sentido de que inexistente aplicação do prazo decadencial de 120 dias, previsto na legislação infraconstitucional.

O mandado de segurança padece de vício intransponível, qual seja, a ausente liqueidez e certeza do direito da Autora, razão pela qual seria igualmente indeferido, a despeito do entendimento acima exposto”. (EDcl nos EDcl no REsp n. 135.117-RS, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, DJ de 20.3.2000).

“Processual Civil. Mandado de segurança preventivo. Decadência. Inexistência.

Tratando-se de mandado de segurança preventivo, não há que se falar em decadência.

Recurso provido.” (REsp n. 215.238-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 20.9.1999).

“Mandado de segurança. Caráter preventivo. Prazo do artigo 18 da Lei n. 1.533/1951. Decadência afastada.

O direito de requerer mandado de segurança extingue-se decorridos cento e vinte dias, contados da ciência inequívoca, pelo interessado, do ato impugnado, não se operando, portanto, a decadência se o pedido tem caráter preventivo.” (REsp n. 184.911-ES, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 21.6.1999).

“Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança preventivo. Prazo decadencial: não-ocorrência. Precedentes. Recurso provido.

I – O nosso ordenamento jurídico agasalhou o mandado de segurança preventivo como forma de pôr cobro a ameaças objetivas e atuais das autoridades públicas.

II – Não é possível utilizar-se, como termo **a quo** do prazo decadencial, a data da ocorrência do fato gerador do tributo ou a da publicação da lei reputada inconstitucional pelo Impetrante. À luz do art. 18 da Lei do Mandado de Segurança, o prazo de 120 dias só pode ser contado a partir da ciência do ato de autoridade, o qual nem sequer existe nas impetrações preventivas, as quais são formuladas apenas com base em ameaça.

III – Precedentes do STJ: REsp n. 76.217-PE, 90.966-BA e 93.282-RS.

IV – Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 110.714-BA, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 6.10.1997).

“Processual Civil. Mandado de segurança preventivo. Decadência (Lei n. 1.533/1951, art. 18). Tributário. Contribuições sociais (Lei n. 7.689/1988).

1. Em matéria tributária há um permanente estado de ameaça gerada pela potencialidade objetiva da prática de ato administrativo fiscal dirigido ao contribuinte, surgindo o fato que enseja a incidência da lei ou de outra norma, questionadas quanto à sua validade jurídica. O lançamento ou inscrição do crédito tributário como dívida ativa, de regra, e que concretizam a ofensa ao direito líquido e certo. Por essa espia, antecedentemente, não se pode fincar o início do prazo decadencial para a impetração preventiva do mandado de segurança (art. 18, Lei n. 1.533/1951).

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso provido”. (REsp n. 90.966-BA, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 28.4.1997).

“Processual. Mandado de segurança preventivo. Decadência. Impossibilidade.

Impetrado contra a cobrança de tributo, antes de promovida a execução fiscal, o mandado de segurança é tido como preventivo.

O prazo decadencial de 120 dias, previsto no art. 18 da Lei n. 1.533/1951, não opera em relação ao pedido de mandado de segurança preventivo.” (REsp n. 95.951-MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 17.2.1997).

“Mandado de segurança preventivo. Decadência. Não-caracterização.

I – Em se tratando de mandado de segurança preventivo, não há divisar, no caso, ofensa ao art. 18 da Lei n. 1.533/1951. Precedentes.

II – Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 104.566-SC, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 25.11.1996).

Assim, conforme exposto, *dou provimento* ao recurso da Empresa para afastar a decadência reconhecida pelo aresto de 2ª grau.

Em segundo plano, analiso o recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, que visa à desconstituição da seguinte parte do aresto de 2ª grau (fls. 481/484):

“3. Igualmente, não prosperam as razões de inconformismo da Fazenda-apelante.

Com efeito, o acesso ao Poder Judiciário não encontra a restrição que pretende emprestar-lhe a Fazenda do Estado, sendo desnecessário o esgotamento da via administrativa para tanto. O que visa a Impetrante é ao direito de realizar o aproveitamento e as transferências de créditos que a lei assegura ao contribuinte do ICMS, para tanto, correta e própria a via processual eleita, eis que não se trata, no caso, de substituição de ação de cobrança pelo **mandamus**, já que a legislação, referente à substituição tributária, possui efeitos concretos, resultando diretamente de sua vigência a ameaça de lesão a direito da

Impetrante. Justo, assim, o receio, da contribuinte, de ser autuada pelo Fisco, de não se ver restituída dos valores pagos a maior, a título de ICMS. Amparável pela segurança, pois, como se tem decidido, o direito de aproveitar e transferir os créditos que a Carta Magna e a lei ordinária asseguram ao contribuinte que o recolheu a maior, e que está sendo obstado pela autoridade fazendária.

Presente **in casu**, ainda, a feição nitidamente preventiva do **mandamus**, – já que a Autora impugna forma de conduta tributária que a Administração sequer põe em dúvida, – é certo que a impetração não se volta contra lei em tese, mas, sim, contra procedimento que receia venha a autoridade a assumir, em razão de práticas ou pronunciamentos anteriores, tal como já proclamou o colendo Supremo Tribunal Federal (RTJ 116/283). Ademais, a inicial não cogita de valores, cuja apuração seria cabível em ação ordinária, mas, sim, do reconhecimento do direito à compensação de créditos escrituráveis, o que é diferente.

No mais, tem-se reiteradamente reconhecido, na orientação pretoriana prevalente, que tal direito é assegurado por regra constitucional (CF/1988, art. 150, § 7^a, introduzido pela Emenda Constitucional n. 3/1993), já vigente ao tempo do ajuizamento da inicial. Assim, as revendedoras de veículos novos têm o direito de transferir, à montadora, devidamente corrigidos, os créditos do ICMS relativos às diferenças entre os valores que esta, como substituta tributária, recolhe a título do tributo, e aqueles efetivamente devidos, tendo em vista os preços pelos quais os veículos são repassados ao consumidor final, muitas vezes abaixo da tabela oficial. Nesse sentido, aliás, o que restou decidido por esta egrégia Sétima Câmara na Apelação Civil n. 049.026.5/5-00, de Jales, Relator o eminente Desembargador Sérgio Pitombo (v.u.), em caso semelhante, na ocasião salientando que cabe ao fabricante a responsabilidade pela retenção antecipada do imposto, incidente na subsequente saída do estabelecimento destinatário (art. 278 do Decreto Estadual n. 33.118/1991). A base de cálculo da aludida operação, será o valor correspondente ao preço de venda ao consumidor, acrescida do valor do frete e do imposto sobre produtos industrializados, constante da tabela oficial, ou, na sua falta, de outra sugerida pelo fabricante (decreto citado, art. 279, inc. I). Assim, se o valor final da operação for maior do que o da base de cálculo, utilizada na retenção, caberá ao contribuinte substituído a obrigatoriedade de lançar o complemento do imposto no livro Registro de Apuração do ICMS (art. 244), e, se inferior, ser-lhe-á garantido o

direito ao ressarcimento do imposto pago a maior ao Estado (arts. 246 e segs.). Ainda, nessa última hipótese, haverá três opções: 1^a) restituição ou compensação, mediante requerimento administrativo (art. 246-A); 2^a) lançamento do crédito, diretamente, no livro Registro de Apuração do ICMS (art. 247); 3^a) ressarcimento, junto ao estabelecimento que efetuou a retenção (art. 248).

Tais dispositivos, plenamente em vigor e consonantes com a Lei Complementar n. 87, de 13.9.1996 (art. 10), e com a ordem constitucional (art. 150, § 7^a), levaram à edição, pela Coordenadoria da Administração Tributária do Estado do Comunicado CAT n. 66, de 29.10.1996, esclarecendo que continuam em vigor “as normas que regulam o instituto da substituição tributária neste Estado, bem como todos os convênios e protocolos a ele relativos”.

Acentua o v. aresto, ainda, serem inaplicáveis, na espécie, as regras do Comunicado CAT n. 45, de 23.8.1996, que de modo exclusivo se refere à restituição do imposto, nos termos do art. 66-B do Decreto Regulamentador n. 33.118/1991, bem como às limitações da Lei Complementar n. 97/1996, referentes apenas às hipóteses de pedido de restituição, já previstas no mesmo Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo (art. 246-A). Tais limitações temporais, aliás, realmente colidem, como alerta a Impetrante, com o disposto no art. 150, § 7^a, da CF/1988, que assegura a devolução imediata da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido, o que se configura, realmente, não só quando um veículo não é vendido pela revendedora, mas também quando o é por preço inferior ao da tabela.

Por outro lado, nada impede – reconhecido o direito da Impetrante ao ressarcimento do imposto pago a maior – que incida a correção monetária sobre esse crédito, direito esse que atinge as obrigações em geral, inclusive as tributárias.

Vale observar, a propósito, que a correção monetária não implica em qualquer acréscimo ao crédito, mas, apenas, resguarda o seu valor, em face da inflação. Nesse sentido, já assentou o colendo Superior Tribunal de Justiça que ‘Em regime de violenta inflação, reconhecer o direito ao crédito e negar a atualização de seu valor é o mesmo que negar seu direito.’ (RTJ, vol. 39/572). Ante isso, tem aquela egrégia Corte admitido reiteradamente a atualização monetária nas hipóteses de creditamento extemporâneo (cf. RTJ 55/412, 46/305 e 47/210).

Em tais circunstâncias, ‘Não é crível, pois, e nem seria possível que o princípio da isonomia seja descumprido, se o Estado, quando

houver saldo devedor, converta o valor em Ufesp e corrija a partir de então, mas não se utiliza da mesma regra, quando o saldo é credor, locupletando-se ilegalmente e ocasionando um desequilíbrio da relação jurídica inicial' (Apelação Cível, Nona Câmara, Relator o Des. Yoshiaki Ichihara, v.u., j. em 25.5.1998).

Esse, portanto, o predominante entendimento na jurisprudência a respeito da matéria, por ser mais justo e correto.”

Vislumbra-se, da leitura do trecho do voto-condutor do aresto impugnado acima registrado, que há, unicamente, fundamentos de natureza constitucional e de direito local a sustentarem a conclusão assumida pelo Tribunal **a quo** na linha de que merece ser ressarcida a Impetrante do ICMS recolhido a maior, corrigido monetariamente.

Há alusão, também, à Lei Complementar n. 87/1996, ao se declarar que os preceitos mencionados do Decreto Estadual n. 33.118/1991 estão em consonância com aquela norma, porém, o presente apelo não está fundamentado na alínea **b**, o que o torna igualmente inadmissível.

Não merece, portanto, verdejar o recurso em relação a este ponto. Em sede de apelo especial não se cabe apreciar pretensão no sentido de reformar acórdão que, apreciando a matéria posta a julgamento, teceu fundamentos apoiados em princípios insculpados no Estatuto Maior de nosso ordenamento jurídico e em legislação estadual.

Sobeja para exame a argumentação em relação à liquidez e certeza do direito objeto da presente impetração. Nesse ponto, merecem total apoio as fundamentações postas no acórdão recorrido, pelo que reproduzo-as por tê-las como razão para decidir (fl. 484):

“Outrossim, não há falar – **data venia** – em falta de direito líquido e certo ou em carência de ação, pois, da inicial claramente se infere que o objeto do **mandamus** não é discutir o valor exato dos créditos, que poderão ser a qualquer tempo impugnados pelo Fisco, mas tão-somente o reconhecimento do direito à compensação e à sua atualização monetária.”

Nesse sentido, a Súmula n. 213 desta Corte:

“O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.”

Portanto, face às explanações desenvolvidas, *dou provimento* ao recurso da Empresa para afastar a decadência e *nego provimento* ao especial da Fazenda do Estado de São Paulo, na parte que foi conhecida.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 308.234 – RS

(Registro n. 2001.0026412-3)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros
Recorrido: Hadler e Hasse Ltda
Advogados: Jorge Luiz Zolonof Oehlschlaeger e outro

EMENTA: Tributário – Multa por atraso na entrega da DCTF – Legalidade.

É cabível a aplicação de multa pelo atraso na entrega da Declaração de Contribuições e Tributos Federais, a teor do disposto na legislação de regência. Precedente jurisprudencial.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 3 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 25.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Nos autos de ação anulatória de débitos fiscais movida por Hadler e Hasse Ltda contra a União, a egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou a sentença de 1ª instância, que julgou procedente a ação, ao fundamento basilar de que:

“As penalidades pelo descumprimento das obrigações tributárias, sendo elas principais ou acessórias, são decorrentes da lei, **ex vi** do art. 97, V, do Código Tributário Nacional.

A Instrução Normativa n. 129 não poderia ter instituído penalidade pelo atraso da apresentação da DCTF, visto que matéria reservada à lei.” (fl. 62).

Opostos embargos de declaração, com o objetivo de prequestionar dispositivos da legislação federal, foram acolhidos, “para oportunizar a revisão do julgado pelas instâncias superiores” (fls. 74/77).

Irresignada, a Fazenda Nacional interpôs recurso especial, com fundamento na letra **a** do permissivo constitucional, sob a alegação de negativa de vigência ao art. 652 do Decreto n. 85.450/1980, art. 11 do Decreto-Lei n. 1.968/1982 e art. 5ª do Decreto-Lei n. 2.124/1984 (fls. 80/85).

Transcorrido **in albis** o prazo para o oferecimento das contra-razões, o recurso foi admitido e processado na origem, ascendendo os autos a esta Instância.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, os dispositivos legais apontados como malferidos foram prequestionados, tanto no julgamento da apelação quanto no dos embargos de declaração, razão pela qual conheço do recurso.

A questão posta em debate e a ser dirimida na apreciação do presente recurso, consiste em definir se é cabível, ou não, a aplicação de penalidade, mais precisamente de multa, por atraso na entrega da Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF).

A egrégia Turma julgadora **a quo** entendeu descabida a penalidade, porquanto a Instrução Normativa n. 129 não poderia ter instituído a punição pelo atraso na apresentação da DCTF, visto que se trata de matéria reservada à lei (art. 97, V, do Código Tributário Nacional).

De sua vez, a Fazenda Nacional sustenta que:

“A exigibilidade de multa pelo atraso na entrega das informações imposta pelo Regulamento do Imposto de Renda de 1980, decorre do próprio Decreto n. 85.450/1980, bem como do Decreto-Lei n. 2.124/1984.

De fato, o mesmo decreto-lei que atribui ao Ministro da Fazenda poderes para eliminar ou instituir obrigações acessórias relativas a tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal atribui a penalidade aqui examinada.

Importante salientar, mais uma vez, que a Instrução Normativa n. 129/1986 apenas estabeleceu normas (regramentos administrativos) para o preenchimento e apresentação das DCTFs.

Perfeitamente legítima a exigibilidade da obrigação acessória fundamentada nos artigos supratranscritos por absoluta inexistência da hipótese aventada pelo Autor de anulação das penalidades impostas pela autoridade fazendária, por falta de amparo legal.” (fl. 71).

Na verdade, encontra-se estabelecido no art. 11 do Decreto-Lei n. 1.968/1982:

“Art. 11. A pessoa física ou jurídica é obrigada a informar à Secretaria da Receita Federal os rendimentos que, por si ou como representante de terceiros, pegar ou creditar no ano anterior, bem como o Imposto de Renda que tenha retido.

§ 1^a. (...)

§ 2^a. Será aplicada multa em valor equivalente ao de uma ORTN para (...)

§ 3^a. Apresentada a informação fora do prazo e antes de qualquer procedimento **ex officio**, ou se, após a intimação, for apresentada no prazo nela fixado, a multa prevista no parágrafo anterior será reduzida à metade” (fl. 70).

De outra parte, o artigo 5^a do Decreto-Lei n. 2.124/1984 dispõe:

“Art. 5^a. O Ministro da Fazenda poderá eliminar ou instituir obrigações acessórias relativas a tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal.

§ 1^a. (...)

§ 2^a. Não pago no prazo estabelecido pela legislação, o crédito, corrigido monetariamente e acrescido da multa de 20% (vinte por cento) e dos juros de mora devidos, poderá ser imediatamente inscrito na Dívida Ativa, para efeito de cobrança executiva, observado o disposto no § 2^a do art. 7^a do Decreto-Lei n. 2.065, de 26 de outubro de 1983.

§ 3^a. Sem prejuízo das penalidades aplicáveis pela inobservância da obrigação principal, o não-cumprimento da obrigação acessória na forma da legislação sujeitará o infrator à multa de que tratam os §§ 2^a, 3^a e 4^a do art. 11 do Decreto-Lei n. 1.968, de 23 de novembro de 1982” (fl. 70).

Dentro deste contexto, afiguram-se-me corretos os fundamentos deduzidos pela Fazenda Nacional, não transparecendo ter havido, no caso, como entende o Tribunal local, violação ao princípio da reserva legal.

Ao examinar hipótese similar, esta egrégia Turma, por unanimidade, confirmou decisão monocrática da lavra do eminente Ministro José Delgado, mediante a qual restou reformado acórdão **a quo**, que firmou entendimento no sentido de que “entrega da Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) – fora do prazo legal, mas antes de iniciado qualquer procedimento administrativo no sentido de exigí-la, afasta a obrigação do pagamento da multa moratória, pela decorrência da denúncia espontânea” (Ag no REsp. 258.141-PR, DJ de 16.10.2000).

Neste julgamento, ao proferir o voto-condutor, o insigne Relator ressalta, com propriedade:

“Penso que a configuração da ‘denúncia espontânea’, como consagrada no art. 138 do CTN, não tem a elasticidade que lhe emprestou o v. acórdão supradestacado, deixando sem punição as infrações administrativas pelo atraso no cumprimento das obrigações fiscais.

A extemporaneidade na entrega da declaração do tributo é considerada como sendo o descumprimento, no prazo fixado pela norma,

de uma atividade fiscal exigida do contribuinte. É regra de conduta formal que não se confunde com o não-pagamento do tributo, nem com as multas decorrentes por tal procedimento.

A responsabilidade de que trata o art. 138 do CTN, é de pura natureza tributária e tem sua vinculação voltada para as obrigações principais e acessórias àquelas vinculadas.

As denominadas obrigações acessórias autônomas não estão alcançadas pelo art. 138 do CTN. Elas se impõem como normas necessárias para que possa ser exercida a atividade administrativa fiscalizadora do tributo, sem qualquer laço com os efeitos de qualquer fato gerador do mesmo.

A multa aplicada é em decorrência do poder de polícia exercido pela Administração pelo não-cumprimento de regra de conduta imposta a uma determinada categoria de contribuinte.”

E, em seguida, alerta:

“O precedente afigura-se perigoso, na medida que pode comprometer a própria administração fiscal do imposto em questão, ficando ao talante do contribuinte a fixação da época em que deverá entregar sua declaração do imposto de renda, sem qualquer penalidade.”

Dentro dessa mesma linha de entendimento, por considerar, como violados os dispositivos legais invocados, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

RECURSO ESPECIAL N. 308.506 – RS

(Registro n. 2001.0026836-6)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Patrícia Vargas Lopes e outros
Recorrida: Lojas de Calçados Paravisi Ltda
Advogado: Berto Rech Neto

EMENTA: Processual Civil – Embargos à execução – Fase de execução de sentença – Taxa Selic inaplicável ao tempo da prolação da sentença – Coisa julgada – Impossibilidade.

Se, na atualização do débito fiscal, na fase de execução, aplica-se o índice da taxa Selic, ainda não instituída quando da prolação da sentença, não há ofensa à coisa julgada, inocorrendo preclusão quanto à matéria.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 3 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 25.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS interpõe recurso especial, com arrimo nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, contra decisão da egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cujo acórdão restou sumariado na seguinte ementa:

“Incabível remessa oficial na fase de execução de sentença (Plenário da Corte).

Não há falar em excesso de execução e ofensa à coisa julgada quando o índice impugnado, no caso, a taxa Selic, não era aplicável à época da prolação da sentença, impossibilitando qualquer recurso do exequente a respeito, razão pela qual incorre preclusão.” (fl. 98).

Alega, a Autarquia federal-recorrente, violação aos arts. 467, 471 e 610 do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial do aresto recorrido como julgado deste Tribunal. (fls. 100/103).

Contra-arrazoado (fls. 105/134), o recurso foi admitido na origem (fl. 136), subindo os autos a esta Instância.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, o ponto fulcral da questão versada no presente recurso consiste em saber se houve violação, ou não, aos artigos 467, 471 e 610 do Código de Processo Civil, pelo aresto recorrido, ao entender que:

“Não há falar em excesso de execução e ofensa à coisa julgada quando o índice impugnado, no caso, a taxa Selic, não era aplicável à época da prolação da sentença, impossibilitando qualquer recurso do exequente a respeito, razão pela qual incorre preclusão.” (fl. 98).

Além disso, restou configurada a divergência jurisprudencial com o julgado deste Superior Tribunal de Justiça, trazido à colação pelo Recorrente.

Preliminarmente, afasto a possibilidade de exame do pretense dissídio jurisprudencial, por entender que o acórdão paradigma, por sinal da minha lavra, não se presta ao confronto.

É que, no precedente invocado como paradigma, a Corte Especial entendeu, em sede de embargos de divergência, que:

“Ocorrendo a homologação dos cálculos, elaborados e atualizados por determinado índice, tendo a sentença transitado em julgado, não pode haver a substituição deste pelo IPC ou por qualquer outro índice, porque isso importaria em violação à coisa julgada.

Embargos recebidos.” (EREsp n. 163.681-RS, DJ de 19.4.1999).

Ressalta, com clareza meridiana, que nesta hipótese cuidou-se da homologação de cálculos, elaborados e atualizados por determinados índices, na sentença já transitada em julgado, ao passo que, na espécie sob exame,

não se pode falar sequer de índice da taxa Selic, porque ainda não instituído, quando da prolação da sentença, conforme demonstrado no contexto do acórdão hostilizado.

O recurso, por isso mesmo, não merece ser conhecido pela alínea c do permissivo constitucional.

Quanto ao outro fundamento, embora possa o recurso ser conhecido, porquanto restou prequestionada a matéria relativa à preclusão e à coisa julgada, não colhe melhor êxito o Recorrente.

Na verdade, afigura-se escorregia e insensurável a suscinta, mas plena de juridicidade, decisão da Turma julgadora **a quo**, ao concluir:

“De outro lado, entendo que inexistiu excesso de execução e ofensa à coisa julgada na incidência da taxa Selic na atualização do débito judicial, uma vez que à época da prolação da sentença exequenda (22.6.1995) não havia determinação legal para a sua aplicação à restituição tributária verificada apenas a partir de 1.1.1996, por força do § 4^a, art. 39 da Lei n. 9.250, de 26.12.1995, incorrendo preclusão quanto à matéria, na medida em que a exequente não poderia recorrer quanto ao ponto naquela data.” (fl. 96).

Nessa parte, é de bom alvitre ressaltar que, quando do julgamento dos embargos de divergência ora trazidos à colação pelo Recorrente, ficou bem esclarecido, no meu voto, que ali se tratava de pedido para atualizar cálculos, já homologados por sentença transitada em julgado, hipótese que se diferencia, portanto, da do caso concreto.

Os Srs. Ministros, ao proferirem seus votos, quase todos, fizeram questão de ressaltar que, na espécie, não havia dúvida, configurava-se ofensa à coisa julgada, reconhecendo, todavia, a existência de casos que não se adaptavam ao daquele julgamento.

Neste sentido, basta destacar, à guisa do exemplo, os seguintes excertos dos votos proferidos, respectivamente, pelos Ministros Humberto Gomes de Barros, Vicente Leal e Costa Leite, **in expressis**:

“Evidentemente, em continuando o processo de inflação a partir daquele momento em que foi liquidada a condenação, acredito que, a toda evidência, os novos índices devem ser levados em consideração para atualizar o valor líquido. No entanto, os índices relativos a períodos anteriores ao momento da liquidação já não podem mais porque estão acobertados pela coisa julgada.”

“Com base na premissa de que, efetivamente, a sentença homologatória de que cuida o processo, decidiu-se o critério de correção monetária e houve sentença homologatória com trânsito em julgado, nessa hipótese estou certo de que os embargos devem ser conhecidos, embora a outra tese tem prevalecido sempre, de que mera atualização sem definir de forma expressa o critério de correção pode sofrer nova correção com base na alegação de que houve apenas correção de erro material.”

“Também entendo que, tendo havido exame sobre a questão, não mais se pode decidir a respeito dela. Aqui é caso de preclusão **pro judicata**. A homologação sem o trato específico da questão relativa ao índice aplicado constitui outra questão, a ser apreciada no momento próprio.”

Por tudo quanto foi exposto, nego provimento ao recurso.