

Jurisprudência da Primeira Seção

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO
ESPECIAL N. 227.835-SP (2001/0098680-8)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Embargante: Fazenda Nacional

Procuradores: Márcio Menezes de Carvalho e outros

Embargada: Fertibrás S/A Adubos e Inseticidas

Advogado: Manoel Moreira Neto

EMENTA

Tributário. Processual Civil. Depósito judicial do valor do tributo. Natureza. Efeitos. Levantamento, pelo contribuinte, condicionado ao trânsito em julgado de sentença de mérito em seu favor. Precedente da Primeira Seção.

1. O depósito do montante integral, na forma do art. 151, II, do CTN, constituiu modo, posto à disposição do contribuinte, para suspender a exigibilidade do crédito tributário. Porém, uma vez realizado, o depósito opera imediatamente o efeito a que se destina, inibindo, assim, qualquer ato do Fisco tendente a haver o pagamento. No caso, o depósito ensejou, além disso, o imediato desembaraço aduaneiro da mercadoria. Sob esse aspecto, tem função assemelhada à da penhora realizada na execução fiscal, que também tem o efeito de suspender os atos executivos enquanto não decididos os embargos do devedor.

2. O direito — ou faculdade — atribuído ao contribuinte, de efetuar o depósito judicial do valor do tributo questionado, não importa o direito e nem a faculdade de, a seu critério, retirar a garantia dada, notadamente porque, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, ela operou, contra o réu, os efeitos próprios de impedi-lo de tomar qualquer providência no sentido de cobrar o tributo ou mesmo de, por outra forma, garanti-lo.

3. As causas de extinção do processo sem julgamento do mérito são invariavelmente imputáveis ao autor da ação, nunca ao réu. Admitir que, em tais casos, o autor é que deve levantar o depósito judicial, significaria dar-lhe o comando sobre o destino da garantia que ofereceu, o que importaria retirar do depósito a substância fiduciária que lhe é própria.

4. Assim, ressalvadas as óbvias situações em que a extinção do processo decorre da circunstância de não ser a pessoa de direito público

parte na relação de direito material questionada, o depósito judicial somente poderá ser levantado pelo contribuinte que, no mérito, se consagrar vencedor. Nos demais casos, extinto o processo sem julgamento de mérito, o depósito se converte em renda. Precedente da Primeira Seção: EREsp n. 479.725-BA, Ministro José Delgado, DJ 26.09.2005.

5. No caso específico, o depósito operou também outro efeito: o de permitir o imediato desembaraço aduaneiro e a entrega ao seu destinatário de mercadorias importadas, retirando, assim, mais uma garantia do Fisco, situação que não tem como ser recomposta ante a extinção do processo sem julgamento de mérito.

6. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, José Delgado, Eliana Calmon, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 09 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 05.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de embargos de divergência (fls. 131/142) interpostos pela Fazenda Nacional contra acórdão da Segunda Turma deste Tribunal, ementado nos seguintes termos:

“Processual Civil. AFRMM. Depósito. Suspensão da exigibilidade. Extinção do processo sem exame do mérito. Levantamento. Possibilidade.

1. Extinto o processo sem exame do mérito, cabível o levantamento, pelo contribuinte, do valor depositado com o objetivo de suspender a exigibilidade do crédito tributário.

2. Recurso especial não conhecido.” (Fl. 129).

Pretende a embargante unificar o entendimento desta Corte no sentido de que o depósito realizado para suspender a exigibilidade do feito tem também a função

de garantia da Fazenda, somente sendo passível de levantamento pelo contribuinte se este obtiver sentença favorável à sua pretensão, e devendo, nos demais casos, ser convertido em renda da União. Indica como paradigmas acórdãos da Primeira Turma cujas ementas estão assim redigidas, **verbis**:

“Mandado de segurança. Depósito. Concessão da liminar. AFRMM. Extinção do processo sem exame do mérito. Levantamento da importância depositada. Ilegalidade.

Sendo devido o pagamento, o desembaraço da mercadoria só foi possível por força da liminar concedida. Isso, entretanto, não autoriza o levantamento do depósito, que consistiria em verdadeira isenção, contrariando a lei.” (REsp n. 163.045-SP Ministro Hélio Mosimann, DJ 09.11.1998).

“Tributário e Processual. AFRMM. Concessão de liminar. Depósito. Suspensão da exigibilidade do crédito. Levantamento. Extinção do processo.

O depósito efetuado para suspender a exigibilidade do crédito tributário (CTN, art. 151, inciso II) é feito também em garantia da Fazenda e só pode ser levantado após sentença final transitada em julgado, se favorável ao contribuinte.

Concedida a liminar para o desembaraço aduaneiro sem recolhimento do tributo e posteriormente extinto o processo por ilegitimidade passiva da autoridade coatora, aquela ficou sem efeito, passando a ser devido o recolhimento do AFRMM pelo desembaraço já realizado.

Recurso provido.” (REsp n. 165.673-SP Ministro Garcia Vieira, DJ 17.05.1999).

Intimada, a embargada apresentou contra-razões (fls. 164/168), asseverando que, no caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, o depósito efetuado para suspender a exigibilidade do crédito deve ser levantado pelo impetrante. Colaciona jurisprudência desta Corte contrária à tese defendida pela Fazenda Nacional.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Há identidade fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas, todos enfrentando a questão do levantamento do depósito efetuado para suspender a exigibilidade de débito tributário nos casos em que o processo é extinto sem julgamento de mérito em face da ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora. Nos acórdãos paradigmas, ficou

reconhecida a possibilidade de conversão em renda da União, e, no acórdão recorrido, decidiu-se pela faculdade de o contribuinte levantar o valor depositado. Configurada a divergência jurisprudencial, conheço do recurso.

2. O depósito do montante integral do crédito tributário, na forma do art. 151, II, do CTN, é faculdade de que dispõe o contribuinte para suspender sua exigibilidade. Uma vez realizado, porém, o depósito passa a cumprir também a função de garantia do pagamento do tributo questionado, ficando o seu destino vinculado ao resultado da demanda. Ao enfrentar o tema, perante a Primeira Turma, no julgamento do REsp n. 660.203-RJ, do qual fui Relator para acórdão, DJ 04.04.2005, sustentei:

“Observo, outrossim, que o depósito — cuja realização é direito do contribuinte — constitui, à sua vez, uma garantia do Fisco. Explica-se a inexigibilidade do crédito tributário nestes casos porque, com o depósito, o Fisco obtém, na prática, a mesma garantia que obteria com a penhora de dinheiro, caso ajuizasse a execução. Efetuada a penhora, os demais atos executivos estariam igualmente suspensos, se o contribuinte interpusse embargos. Em outras palavras: com o depósito e o ajuizamento da ação pelo contribuinte, as partes assumem situação jurídica exatamente idêntica à que assumiriam com a penhora e o ajuizamento de embargos de devedor. Esta é a razão pela qual a lei suspende, em tais casos, a exigibilidade do crédito. Inquestionável, portanto, que o depósito constitui garantia do Fisco, que não poderá ser fraudada por meios indiretos. O levantamento do valor, pelo depositante, nas hipóteses de extinção do processo sem julgamento de mérito, certamente pode constituir forma de fraudar a garantia. Não teria sentido, por exemplo, devolver o depósito ao contribuinte caso este, passados vários anos ou, como no caso, após a sentença denegatória do **mandamus**, simplesmente desistisse da segurança. Em casos tais, sendo garantia, o destino do depósito há de ser tratado da mesma forma como trata a penhora em caso de embargos do devedor: a sua liberação dependerá, necessariamente, da procedência da ação. Em casos de desistência ou de outra forma de extinção do processo sem julgamento do mérito, há de se manter a eficácia da garantia’ (RTRF-4ª, 10/299-300). Continuo pensando da mesma maneira, até porque as causas da extinção do processo sem julgamento de mérito são invariavelmente imputáveis ao autor da ação, nunca ao réu. Admitir-se que, em tais casos, o autor é que deve levantar o depósito, significaria dar-lhe comando sobre o destino da garantia que ofereceu, ou seja, significaria retirar da garantia toda a sua substância, o que não teria sentido algum. Na verdade, o autor não tem o direito — ou a faculdade de, a seu critério, retirar a garantia dada, notadamente porque ela operou,

contra o réu, os efeitos próprios de impedi-lo de tomar qualquer providência no sentido de cobrar o crédito tributário ou mesmo de, por outra forma, garanti-lo'. Desse modo, a lógica do sistema impõe, como princípio, a conclusão a que chegou a Turma no precedente acima referido: só com o julgamento de mérito em seu favor é que o autor poderá reaver o valor depositado.

2. Alega-se, contudo, que se a parte foi considerada ilegítima para figurar no pólo passivo, não tem ela direito a levantar a quantia depositada. O argumento não favorece a tese da agravante. Com efeito, em mandado de segurança, é importante distinguir o conceito de parte do conceito de autoridade coatora. Parte é a pessoa jurídica que suportará as conseqüências da eventual procedência da demanda. É ela, por isso mesmo (e não a autoridade coatora) quem pode interpor recurso. A autoridade impetrada, que é simplesmente órgão daquela pessoa jurídica, legitima-se exclusivamente para representá-la na prestação das informações, sem, com isso, transformar-se em parte. Aliás, o depósito judicial, nesses casos, é feito em favor da pessoa jurídica credora da exação questionada — no caso, a União — e não da autoridade impetrada.

(omissis).

Os fundamentos do precedente são aplicáveis, de um modo geral, ao caso concreto. Aqui também houve outorga de garantia ao Fisco, garantia que operou os efeitos contra o Fisco, especialmente o de suspender a exigibilidade do crédito tributário. Assim ressalvadas as óbvias situações em que a improcedência da ação ou a extinção do processo decorram do reconhecimento de que a pessoa de direito público não é parte da relação de direito material questionada (e, portanto, não é parte legítima para responder à demanda) — em todos os demais casos, o depósito judicial somente poderá ser levantado pelo contribuinte que, no mérito, se consagrar vencedor”.

No mesmo sentido, em sede doutrinária (“Comentários ao Código de Processo Civil” — volume 8, 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, pp. 225/226), sustentei:

“O depósito, em garantia, do valor integral do crédito reclamado, tem função e natureza semelhante à da penhora de dinheiro, por nomeação do contribuinte, para ajuizamento de embargos de devedor, com o conseqüente efeito suspensivo dos atos da execução. Essa semelhança explica e justifica a suspensão da exigibilidade do crédito: com o depósito, o Fisco obtém, na prática, a mesma garantia que obteria se ajuizasse a ação e penhorasse dinheiro. Mas, para operar essa eficácia de inibir o acesso do Fisco ao Judiciário

rio, o depósito a) há de ser integral e em dinheiro (Súmula n. 112 do STJ) e b) será convertido em renda pública ao final do processo se o contribuinte não obtiver, no mérito, sentença favorável.”

Assim, somente com o trânsito em julgado da decisão de mérito em seu favor é que poderá o autor reaver o valor depositado para suspensão do crédito tributário. Seria até mesmo absurdo que, efetuado o depósito em garantia e suspensão assim a exigibilidade do crédito tributário (impedindo-se a Fazenda de cobrar ou, por outra forma, garantir a execução da dívida), se deixasse a critério do depositante-garante retirar a garantia oferecida, que já operou os efeitos (favoráveis aos interesses do depositante e contrários aos interesses da Fazenda). Tal entendimento se coaduna com o recente posicionamento firmado pela Primeira Seção, no julgamento do EREsp n. 479.725-BA, Ministro José Delgado, DJ 26.09.2005, ementado nos seguintes termos:

“Embargos de divergência. Tributário. AFRMM. Depósito. Extinção do processo sem apreciação do mérito. Depósito. Levantamento antes do trânsito em julgado da sentença. Impossibilidade. Embargos de divergência providos.

1. Em exame embargos de divergência opostos para se definir se é ou não possível o levantamento do depósito efetuado para os fins do art. 151, II, do Código Tributário Nacional nos casos em que o processo é extinto sem julgamento de mérito em face da ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora. A Fazenda-embargante aponta a divergência entre o acórdão embargado da relatoria do Ministro Francisco Peçanha Martins integrante da Segunda Turma e acórdão prolatado pelo Ministro Garcia Vieira da Primeira Turma. Divergência devidamente demonstrada, foram admitidos os embargos para julgamento de mérito. Sem impugnação.

2. Conforme assinala o aresto paradigma: “O depósito efetuado para suspender a exigibilidade do crédito tributário é feito também em garantia da Fazenda e só pode ser levantado após sentença final transitada em julgado se favorável ao contribuinte”. O art. 32 da Lei n. 6.830, de 22.09.1980 estabelece como requisito para levantamento do depósito judicial o trânsito em julgado da decisão. O aguardo do trânsito em julgado da decisão para possibilitar o levantamento do depósito judicial está fulcrado na possibilidade de conversão em renda em favor da Fazenda Nacional.

3. O cumprimento da obrigação tributária só pode ser excluído por força de lei ou suspensão de acordo com o que determina o art. 151 do CTN. Fora desse contexto, o contribuinte está obrigado a recolher o tributo. No caso de o devedor pretender discutir a obrigação tributária em juízo, permite a lei que

faça o depósito integral da quantia devida para que seja suspensa a exigibilidade. Se a ação intentada, por qualquer motivo, resultar sem êxito, deve o depósito ser convertido em renda da Fazenda Pública. É essa a interpretação que deve prevalecer. O depósito é simples garantia impeditiva do Fisco para agilizar a cobrança judicial da dívida, em face da instauração em juízo de litígio sobre a legalidade da sua exigência. Extinto o processo sem exame do mérito contra o contribuinte, têm-se uma decisão desfavorável. O passo seguinte, após o trânsito em julgado, é o recolhimento do tributo.

4. Embargos de divergência providos.”

3. No caso concreto, a sentença extinguiu o processo sem julgamento do mérito, ante a equivocada indicação da autoridade-impetrada. Não se negou a titularidade da União sobre o crédito discutido. A agravada, portanto, não obteve êxito em seu desiderato de se livrar do pagamento do tributo, razão pela qual é devida a conversão do valor depositado em renda da União, o que não inibe a discussão judicial do mérito pelas vias ordinárias.

4. No caso específico, há uma circunstância particular a ser ainda considerada: realizado o depósito, houve o imediato desembaraço aduaneiro e a entrega ao seu destinatário de mercadorias importadas, efeito esse que retirou mais uma garantia em favor do Fisco, situação que não tem como ser recomposta ante a extinção do processo sem julgamento de mérito.

5. Pelo exposto, dou provimento aos embargos de divergência.

É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO
ESPECIAL N. 234.500-SP (2004/0158245-1)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Embargante: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: José Roberto Leonardi Martins e outros

Embargada: Bonsucesso Mármores e Granitos Ltda

Advogado: Plínio Gustavo Prado Garcia

EMENTA

Tributário. ICMS. Vendas a prazo. Correção monetária. Base de cálculo.

1. O fato gerador do ICMS é a saída da mercadoria, a qualquer título, do estabelecimento do contribuinte (art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 406/1968) e a base de cálculo “é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria” (art. 2º, inciso I, do referido decreto-lei). Considera-se como tal o preço da mercadoria fixado na nota fiscal, ainda que nele esteja incluído valor adicionado em função do diferimento do pagamento (venda a prazo).

2. Não há como aplicar, para esse efeito, por analogia, o entendimento da Súmula n. 237-STJ, segundo “Nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS”. É que, nas vendas a prazo, eventual acréscimo de valor integra o próprio preço da operação de venda, sendo ajustado entre comprador e vendedor, fixado na respectiva nota fiscal e integralmente recebido pelo contribuinte. No caso de operações financiadas por cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento são devidos em decorrência de outra relação jurídica, estabelecida entre o tomador do empréstimo e a entidade operadora do cartão, relação essa alheia à operação de venda da mercadoria (que é à vista) e estranha ao fato gerador e à base de cálculo do ICMS.

3. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, José Delgado, Eliana Calmon, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 09 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 05.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de embargos de divergência (fls. 368/373) contra acórdão da Segunda Turma cuja ementa é a seguinte:

“Tributário. ICMS. Vendas a prazo. Encargos financeiros. Creditamento do valor recolhido indevidamente. Possibilidade. Precedentes.

1. Nas vendas a prazo não incide o ICMS. A base de cálculo, ou o fato gerador do tributo é o valor da operação da qual decorrer a saída da mercadoria, sem os acréscimos do financiamento.

2. Reconhecimento do direito ao creditamento dos valores do ICMS recolhidos a maior, nas vendas a prazo, corrigidos monetariamente desde a data do pagamento indevido.

3. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 237-STJ.

4. Recurso especial conhecido e provido.” (Fl. 366).

Para caracterizar o dissídio jurisprudencial, o embargante traz à colação acórdão da Primeira Turma (REsp n. 332.638-SP, DJ 20.04.2002), no qual ficou assentado entendimento contrário, conforme se vê da respectiva ementa:

“Tributário. Compra e venda a prazo. Financiamento. Inclusão dos juros na base de cálculo do ICMS. Impossibilidade. Precedentes desta Corte e do colendo STF.

1. Recurso especial interposto contra v. acórdão que julgou improcedente ação movida pela Empresa-recorrente para afastar da base de cálculo do ICMS os encargos financeiros das vendas a prazo.

2. O ICMS é um imposto indireto, cobrado do consumidor final, contribuinte de fato, sendo a recorrente mera responsável tributária pelo recolhimento e repasse aos cofres públicos, não havendo falar-se em prejuízos, pois, à evidência, os custos foram embutidos no preço final suportado pelo contribuinte de fato.

3. O inciso I, § 1º, do art. 24 da Lei n. 6.374/1989, dispõe: ‘incluem-se na base de cálculo do imposto todas as importâncias, despesas acessórias, juros, acréscimos, bonificações ou outras vantagens a qualquer título recebidas pelo contribuinte, excluídos os descontos ou abatimentos incondicionalmente concedidos’.

4. A recorrente efetua vendas a prazo e, no preço final, acresce correção monetária. A base de cálculo para a cobrança do ICMS é o valor total da transação em face de que tal, segundo a legislação vigente, incluem-se todas as importâncias, despesas acessórias, juros, acréscimos, bonificações ou outras vantagens a qualquer título recebidas pelo contribuinte, excluídos os descontos e abatimentos incondicionalmente concedidos.

5. A correção monetária é mero instrumento de atualização da moeda. Nada acresce à base de cálculo. Torna-a, apenas, adequada ao fenômeno da inflação que afeta o poder aquisitivo da moeda.

6. Nas vendas efetuadas a prazo, os encargos financeiros ou correção monetária inseridos no preço final não constituem fato gerador do ICMS, sendo certo que a mera correção monetária não gera cumulatividade, não podendo falar-se em compensação, apenas correspondendo ao valor aquisitivo da moeda, não gerando lucro. A prefixação da correção monetária quem a provoca é o contribuinte, ante a expectativa inflacionária. Na mesma medida, o recolhimento também é corrigido, até porque lançado à conta do consumidor quando embutido, ou seja, repassado ao adquirente da mercadoria, contribuente de fato.

7. Recurso não provido.”

A embargada apresentou impugnação (fls. 399/411), asseverando que: a) “a Fazenda Estadual aufere indevido ganho inflacionário e financeiro, quando, computando o ICMS no valor das vendas a prazo, não espera ao menos o vencimento das respectivas duplicatas, para exigir o recolhimento, pelo contribuinte de direito, do montante do ICMS devido (proporcionalmente ao valor de cada duplicata)” (fl. 400); b) não se aplica ao caso a regra do art. 166 do CTN; c) nas vendas a prazo, o montante do ICMS deve ser recolhido sobre o valor da duplicata a vencer, descontando-se o custo inflacionário e financeiro da operação de financiamento; d) o recolhimento aos cofres estaduais somente deveria ocorrer após o recebimento de seu valor de cada contribuinte de fato.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Está devidamente demonstrado o dissídio jurisprudencial que enseja os presentes embargos. Nos dois acórdãos confrontados as situações fática e jurídica são as mesmas (base de cálculo da tributação do ICMS no caso de vendas a prazo), sendo divergentes as conclusões a que chegaram. No acórdão embargado decidiu-se que “a base de cálculo, ou o fato gerador do tributo é o valor da operação da qual decorrer a saída da mercadoria, sem os acréscimos do financiamento” (fl. 363). No paradigma, ao contrário, consta que “a base de cálculo para a cobrança do ICMS é o valor total da transação em face de que, segundo a legislação vigente, incluem-se todas as importâncias, despesas acessórias, juros, acréscimos, bonificações ou outras vantagens a qualquer título recebidas pelo contribuinte, excluídos os descontos e abatimentos incondicional-

mente concedido” (REsp n. 332.638-SP, Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ 29.04.2002). Conheço do recurso.

2. Em caso análogo, como Relator do REsp n. 677.870-PR, DJ 28.02.2005, proferi voto, acompanhado pela Primeira Turma, sustentando o seguinte:

“2. Nos termos do art. 2º, I, do Decreto-Lei n. 406/1968, a base de cálculo do ICMS é ‘o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria’. Caso haja preços distintos, conforme sejam as vendas realizadas à vista ou a prazo, a base de incidência do tributo será também distinta, correspondente sempre ao valor da mercadoria registrado nos documentos fiscais, independentemente da natureza das parcelas que o compõem (correção monetária, custos financeiros da empresa, etc.). É inaplicável ao caso em exame o entendimento trazido em um dos acórdãos colacionados como paradigma (fl. 285), expresso na Súmula n. 237-STJ (‘Nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS’), porque o pagamento parcelado, na hipótese, é ajustado diretamente com a empresa comercial. Na venda a prazo, o vendedor recebe o preço diretamente do adquirente, de forma parcelada. Enquanto, para as vendas com cartão, o preço da venda é pago de uma só vez e o adquirente assume o encargo de pagar prestações do financiamento e não da compra feita. Assim, as duas situações são distintas e não podem ser equiparadas.

No que concerne à questão central da controvérsia, a diferenciação entre os preços pagos nas vendas à vista e a prazo, transcrevo a análise de **Fátima Fernandes de Souza Garcia**, que tratou o tema da seguinte forma: ‘Além do valor ou do preço da mercadoria, estabelece o art. 6º do Convênio n. 66/1988 que integram a base de cálculo do ICMS os valores correspondentes a seguros, juros, demais importâncias recebidas ou debitadas, bonificações e descontos concedidos sob condição de frete no caso de o transporte ser efetuado pelo próprio remetente, o montante do próprio imposto, e o IPI nos casos em que não se configure qualquer das hipótese previstas no art. 155, § 2º, XI, da CF. Os juros que entram na composição da base de cálculo do ICMS são aqueles incluídos no preço da venda e constantes da nota fiscal, cobrados pelo estabelecimento vendedor quando assume o encargo de financiar a venda de suas mercadorias’ (“Curso de Direito Tributário”, vol. 2, 2ª ed., Cejup, 1993, PA, pp. 184/185). É essa a linha de entendimento adotada no julgado AgRg no Ag n. 449.351-SP, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ 24.11.2003, cuja ementa abaixo se transcreve:

‘Processo Civil e Tributário. Agravo de instrumento. ICMS. Vendas a prazo. Correção monetária. Base de cálculo. Valor da operação.

1. Nas vendas efetuadas a prazo, a correção monetária integra a base de cálculo do tributo, porquanto é apenas instrumento de atualização do valor monetário. Precedentes.

2. O ICMS deve incidir sobre o valor real da operação, descrito na nota fiscal de venda do produto ao consumidor.

3. Agravo regimental improvido.

Vale reproduzir o seguinte trecho do voto condutor do acórdão citado:

‘Aquilo que a autora-recorrente denomina de encargos financeiros consubstancia, em realidade, elevação do preço nas vendas a prazo, até pelo fato de a demandante não ser financeira e, por isso, não estar autorizada a mercenciar a moeda. Sucede, sim, que as partes envolvidas no contrato comercial de compra e venda são livres na estipulação do preço e das condições de pagamento, nada obstando que o preço para pagamento à vista seja distinto daquele para quitação a prazo.

Portanto, tudo o que é pago pelo comprador na aquisição do bem integra o preço. Assim não fosse considerado, as partes poderiam prejudicar o pagamento do tributo nas vendas a prazo, estabelecendo preço ínfimo e acréscimos financeiros exorbitantes. A base de cálculo é o valor da operação, não havendo como incidi-lo em montante distinto daquele escriturado na nota fiscal.’”

3. Não há como aplicar, para esse efeito, por analogia, o entendimento da Súmula n. 237-STJ. Conforme salientado, nas vendas a prazo, eventual acréscimo de valor integra o próprio preço da operação de venda, sendo ajustado entre comprador e vendedor, fixado na respectiva nota fiscal e integralmente recebido pelo contribuinte. No caso de operações financiadas por cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento são devidos em decorrência de outra relação jurídica, estabelecida entre o tomador do empréstimo e a entidade operadora do cartão, relação essa alheia à operação de venda da mercadoria (que é à vista) e estranha ao fato gerador e à base de cálculo do ICMS.

4. Saliente-se que a legislação do ICMS não contempla a hipótese de prazo diferenciado de cobrança do tributo, dependendo da forma de pagamento escolhida pelo comprador (à vista ou a prazo), nem faculta ao contribuinte a alternativa de diferir no tempo o recolhimento do ICMS, nos casos de venda a prazo, até a data do vencimento da duplicata. Mas não se pode ver nisso a injustiça da tributação denunciada nos autos, que se estabeleceria em face dos alegados prejuízos causados ao contribuinte pelo recolhimento do ICMS antes do recebimento do preço. Com efeito,

ninguém desconhece que, nos contratos de compra e venda a prazo, os preços das mercadorias contêm, em geral, um valor adicionado justamente para compensar eventuais as perdas financeiras causadas pelo diferimento da data de pagamento.

5. Pelas considerações expostas, dou provimento aos presentes embargos de divergência. É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO
ESPECIAL N. 345.752-MG (2004/0135757-2)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Embargante: Divema Ltda

Advogados: Renata Barbosa Fontes e outros

Embargado: Município de Carmo do Paraíba

Advogados: João Batista de Campos Rocha e outros

EMENTA

Processual Civil. Ação monitória contra a Fazenda Pública. Cabimento.

1. No procedimento monitório distinguem-se três espécies de atividades, distribuídas em fases distintas: uma, a expedição de mandado para pagamento (ou, se for o caso, para entrega da coisa) no prazo de quinze dias (art. 1.102b). Cumprindo a obrigação nesse prazo, o demandado ficará isento de qualquer ônus processual (art. 1.102c, § 1º). Nessa fase, a atividade jurisdicional não tem propriamente natureza contenciosa, consistindo, na prática, numa espécie de convocação para que o devedor cumpra sua prestação. Nada impede que tal convocação possa ser feita à Fazenda, que, como todos os demais devedores, tem o dever de cumprir suas obrigações espontaneamente, no prazo e na forma devidos, independentemente de execução forçada. Não será a eventual intervenção judicial que eliminará, por si só, a faculdade — que, em verdade, é um dever — da Administração de cumprir suas obrigações espontaneamente, independentemente de precatório. Se o raciocínio contrário fosse levado em conta, a Fazenda Pública estaria também impedida de ajuizar ação de consignação em pagamento.

2. A segunda fase, ou atividade, é a cognitiva, que se instala caso o demandado ofereça embargos, como prevê o art. 1.102c do CPC. Se isso ocorrer, estar-se-á praticando atividade própria de qualquer processo de conhecimento, que redundará numa sentença, acolhendo ou rejeitando os embargos, confirmando ou não a existência da relação creditícia. Também aqui não há qualquer peculiaridade que incompatibilize a adoção do procedimento contra a Fazenda, inclusive porque, se for o caso, poderá haver reexame necessário.

3. E a terceira fase é a executiva propriamente dita, que segue o procedimento padrão do Código, que, em se tratando da Fazenda e não sendo o caso de dispensa de precatório (CF, art. 100, § 3º), é o dos arts. 730 e 731, sem qualquer dificuldade.

4. Não procedem as objeções segundo as quais, não havendo embargos, constituir-se-ia título executivo judicial contra a Fazenda Pública, a) consagrando contra ela efeitos da revelia a que não se sujeita, e b) eliminando reexame necessário, a que tem direito. Com efeito, a) também na ação cognitiva comum (de rito ordinário ou sumário) a Fazenda pode ser revel e nem por isso há impedimento à constituição do título, ainda mais quando, como ocorre na ação monitória, a obrigação tem suporte em documento escrito; e b) o reexame necessário não é exigência constitucional e nem constitui prerrogativa de caráter absoluto em favor da Fazenda, nada impedindo que a lei o dispense, como aliás o faz em várias situações.

5. Registre-se que os óbices colocados à adoção da ação monitória contra a Fazenda poderiam, com muito maior razão, ser opostos em relação à execução, contra ela, de título extrajudicial. E o STJ consagrou em súmula que “é cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública” (Súmula n. 279). Precedente da Primeira Seção: REsp n. 434.571-SP, Relator p/ o acórdão Ministro Luiz Fux, julgado em 08.06.2005.

6. Embargos de divergência a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos e lhes dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, José Delgado, Eliana Calmon, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 09 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 05.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de embargos de divergência (fls. 311/315) interpostos contra acórdão da Segunda Turma cuja ementa é a seguinte:

“Recurso especial. Alínea **c**. Processo Civil. Fornecimento de combustível e peças automobilísticas ao Município de Carmo do Paraíba. Emissão de nota de empenho. Ajuizamento de ação monitória para cobrança do débito. Impossibilidade.

A par da inexistência de previsão específica no CPC no sentido da aplicabilidade do procedimento injuntivo aos entes de direito público, o Código de Processo Civil, com as alterações introduzidas pela Lei n. 9.494/1997, contempla procedimento específico para a execução contra a Fazenda Pública (art. 730 do CPC).

Segundo a dicção desse dispositivo, deverá a Fazenda Pública, na execução por quantia certa, ser citada para oposição de embargos no prazo de 30 dias e, na sua ausência, requisitará o magistrado o pagamento do débito ao presidente do Tribunal competente, observada a ordem de apresentação do precatório (incisos I e II) condicionado à existência de prévia sentença condenatória.

Na ação monitória, diversamente, com a citação do devedor, há pronta expedição de mandado para pagamento ou entrega de coisa (art. 1.102b do CPC), medida que vai de encontro à disposição do art. 100 da Constituição Federal, que impõe o pagamento de débitos da Fazenda Pública pela via do precatório.

Não bastasse o óbice da imprescindibilidade do precatório, dispõe o art. 1.102c do CPC que, na hipótese de rejeição dos embargos ou de sua não-oposição, o mandado inicial se converte em mandado executivo. O título executivo judicial será constituído de pleno direito e o devedor terá de cumprir a obrigação em 24 horas ou nomear bens à penhora. Essa disposição, à evidência, é

incompatível com a impenhorabilidade dos bens públicos, razão pela qual não pode ser aplicada à Fazenda Pública.

A par dessa circunstância, é consabido que as decisões judiciais desfavoráveis aos entes de direito público estão sujeitas ao duplo grau obrigatório, na forma do art. 475 do CPC, prerrogativa que não se concilia com a celeridade inerente ao sistema injuntivo.

Até se poderia aceitar que, na hipótese de rejeição dos embargos, a sentença estaria sujeita ao reexame necessário, com base no art. 475, inciso I, do CPC. Mesmo nesse caso, persistiria a incompatibilidade da ação monitória quando não opostos os embargos, pois não se admite o pronto pagamento de débitos públicos ou a nomeação de bens à penhora, tampouco a expedição de precatório sem prévia sentença condenatória sujeita ao reexame oficial.

Mais a mais, não se pode olvidar que se trata de direito indisponível, sobre o qual não incide a regra da confissão ficta, razão pela qual, na ausência dos embargos, os efeitos da revelia não poderiam ensejar a constituição do título extrajudicial.

Rechaçam a utilização da ação monitória, para a cobrança de dívida contra a Fazenda, **Humberto Theodoro Júnior** (“A Ação Monitória”, R. TCEMG, Belo Horizonte, v. 14, n. 1, jan/mar.1995); **José Rogério Cruz e Tucci** (“Ação Monitória”. São Paulo: Editora RT, 2001, p. 66); **Vicente Greco Filho** (“Considerações sobre a Ação Monitória”, Rev. de Processo, out/dez.1995, n. 80, p. 158); **Antonio Carlos Marcato** (“Ação Monitória e Execução contra a Fazenda Pública”, in “Direito Processual Público: a Fazenda Pública em Juízo”. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 211) e **Rogério Marinho Leite Chaves** (“Ação Monitória contra a Fazenda Pública”. Artigo publicado na Revista do TRF da 1ª Região, vol. 9, n. 4, Brasília: out/dez de 1997). Também perfilha esse entendimento **Juvêncio Vasconcelos Viana**, que aponta como defensores da mesma tese **Ernane Fidélis dos Santos**, **Antonio Carlos Cavalcanti Maia** e **Antonio Raphael Silva Salvador** (“Execução contra a Fazenda Pública”. São Paulo: Dialética, 1998, p. 58).

Precedentes: REsp n. 202.277-SP, da relatoria deste magistrado, j. 11.05.2004 e REsp n. 197.605-MG, Relator Ministro José Delgado, Relator p/ o acórdão Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 18.06.2001.

Recurso especial provido.” (Fls. 307/309).

Pretende a embargante unificar o entendimento desta Corte no sentido de que é cabível o ajuizamento de ação monitória contra a Fazenda Pública e, para tanto,

indica, como dissidentes, as decisões proferidas pela Primeira Turma nos REsp ns. 603.859-RJ, Ministro Luiz Fux, DJ 28.06.2004, e 535.533-MG, do qual fui Relator, DJ 28.10.2003.

Às fls. 343/347, o Município de Carmo do Paraíba apresentou impugnação, asseverando, em síntese, que é inviável o ajuizamento de ação monitória contra a Fazenda Pública, porque a) o art. 100 da Constituição prevê sistemática própria para a cobrança de débitos reclamados ao Erário, no âmbito da qual é indispensável, para a expedição do competente precatório, a existência de uma sentença judicial condenatória tirada contra o Poder Público; b) “a se admitir o procedimento monitório contra a Fazenda Pública restaria violada a regra da impenhorabilidade dos bens públicos, uma vez o art. 1.102c do CPC dispõe que, na hipótese de rejeição ou não-oposição dos embargos, o mandado inicial se converte em mandado executivo, sendo o devedor obrigado a cumprir obrigação em 24 horas ou nomear bens à penhora” (fl. 345); c) o procedimento acarretaria a supressão do reexame necessário.

Por parecer de fls. 349/353, o Ministério Público Federal opina pelo não-provimento dos embargos de divergência.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Há identidade fática entre o acórdão recorrido e o paradigma, ambos enfrentando a questão do cabimento de ação monitória para cobrança de débito contra a Fazenda Pública. No acórdão paradigma ficou reconhecida e no acórdão recorrido ficou negada a viabilidade do procedimento monitório para a formação do título executivo. Configurado, portanto, o dissenso autorizador do conhecimento dos embargos de divergência.

2. Sobre o tema ora em discussão, a Primeira Seção desta Corte, no REsp n. 434.571-SP, Relator p/ o acórdão Ministro Luiz Fux, julgado em 08.06.2005, considerou cabível a ação monitória contra a Fazenda Pública. Naquela ocasião, proferi voto nos seguintes termos:

“(...) 3. No procedimento monitório distinguem-se três espécies de atividades, distribuídas em fases distintas: uma, a expedição de mandado para pagamento (ou, se for o caso, para entrega da coisa) no prazo de quinze dias (art. 1.102b). Cumprindo a obrigação nesse prazo, o demandado ficará isento de qualquer ônus processual (art. 1.102c, § 1º). Bem se vê, portanto, que até essa fase, a atividade jurisdicional não tem propriamente natureza contenciosa, consistindo, na prática, numa espécie de convocação para que o devedor cumpra sua prestação. Não há como supor que, quanto a esse aspecto, o

procedimento monitorio seja incompatível com a forma de pagamento previsto para a Fazenda Pública, ou com o art. 100 da CF. Com efeito, assim como ocorre com todos os devedores, é dever da Fazenda Pública cumprir suas obrigações espontaneamente, no prazo e na forma devidos, independentemente de execução forçada. Aliás, é assim que ocorre no geral dos casos: a Fazenda, por seus órgãos administrativos, efetua seus pagamentos sem precatório. Portanto, em se tratando de título sujeito a ação monitoria, nada impede que, nessa primeira etapa, convocada pelo mandado, a Fazenda assumira a dívida e atenda à correspondente prestação. Não será a eventual intervenção judicial que eliminará, por si só, a faculdade — que, em verdade, é um dever — da Administração de cumprir suas obrigações espontaneamente, independentemente de precatório. Se o raciocínio contrário fosse levado em conta, teríamos que concluir que a Fazenda Pública está impedida de ajuizar ação de consignação em pagamento.

A segunda fase, ou atividade, é a cognitiva, que se instala caso o demandado ofereça embargos, como prevê o art. 1.102c do CPC. Se isso ocorrer, estar-se-á praticando atividade própria de qualquer processo de conhecimento, que redundará numa sentença, acolhendo ou rejeitando os embargos, confirmando ou não a existência da relação creditícia. Também aqui não há qualquer peculiaridade que incompatibilize a adoção do procedimento contra a Fazenda, inclusive porque, se for o caso, poderá haver reexame necessário.

E a terceira fase é a executiva propriamente dita, que segue o procedimento padrão do Código, que, em se tratando da Fazenda e não sendo o caso de dispensa de precatório (CF, art. 100, § 3º), é o dos arts. 730 e 731, sem qualquer dificuldade.

O óbice que se opõe é o de que, não havendo embargos, constituir-se-ia título executivo judicial contra a Fazenda Pública, consagrando contra ela efeitos da revelia a que não se sujeita, e eliminando reexame necessário, a que tem direito. As objeções não procedem. Também na ação cognitiva comum (de rito ordinário ou sumário) a Fazenda pode ser revel e nem por isso há impedimento à constituição do título. No caso de ação monitoria, é de se salientar que a eficácia executiva conferida em decorrência da falta de embargos tem suporte em documento escrito, o que, inegavelmente, é causa razoável para presumir a legitimidade da obrigação nele constante. Aliás, em circunstâncias semelhantes num procedimento comum, o juiz não deixaria de julgar procedente o pedido. Quanto ao reexame necessário, é preciso considerar que ele não tem estatura constitucional e nem constitui prerrogativa de caráter absoluto em favor da Fazenda. A lei pode dispensá-lo, como, aliás, o faz em várias situações.

Registre-se, por oportuno, que todos os óbices colocados à adoção da ação monitória contra a Fazenda poderiam, com muito maior razão, ser opostos em relação à execução, contra ela, de título extrajudicial. E o STJ acaba de consagrar em súmula que ‘é cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública’ (Súmula n. 279).

Não há, pois, empecilho legal ou constitucional à adoção do procedimento monitório contra a Fazenda Pública, e esse é o entendimento que predomina nesta Corte. Vejam-se a propósito os seguintes precedentes:

‘Processual Civil. Ação monitória contra a Fazenda Pública. Possibilidade.

1. O procedimento monitório não colide com o rito executivo específico da execução contra a Fazenda Pública previsto no art. 730 do CPC. O rito monitório, tanto quanto o ordinário, possibilita a cognição plena, desde que a parte-ré ofereça embargos. No caso de inércia na impugnação via embargos, forma-se o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se na forma do Livro II, Título II, Capítulos II e IV (execução **strictu sensu**), propiciando à Fazenda, mais uma vez, o direito de oferecer embargos à execução de forma ampla, sem malferir princípios do duplo grau de jurisdição; da imperiosidade do precatório; da impenhorabilidade dos bens públicos; da inexistência de confissão ficta; da indisponibilidade do direito e não-incidência dos efeitos da revelia.

2. O propósito da ação monitória é exclusivamente encurtar o caminho até a formação de um título executivo. A execução deste título contra Fazenda Pública deve seguir os trâmites do art. 730, que explicita o cânone do art. 100 da Carta Constitucional vigente.

3. Os procedimentos executivo e monitório têm natureza diversa. O monitório é processo de conhecimento. A decisão liminar que nele se emite e que determina a expedição do mandado de pagamento não assegura ao autor a prática de atos de constrição patrimonial, nem provimento satisfativo, uma vez que a defesa (embargos) tempestiva do réu instaura a fase cognitiva e impede a formação do título.

4. Recurso provido.’ (REsp n. 215.526-MA, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ 07.10.2002).

‘Processual Civil. Ajuizamento de ação monitória contra a Fazenda Pública. Possibilidade. Art. 1.102a, **b** e **c**, e parágrafos, do CPC.

1. A norma que introduziu a ação monitória no Código Processual Civil (art. 1.102a, **b** e **c**, e parágrafos) revelou-se absolutamente omissa quanto à possibilidade de ser utilizada frente à Fazenda Pública, ou por ela. Pelo fato de o regime brasileiro de execução contra o Estado possuir características especiais, conferindo-lhe privilégios materiais e processuais que são indiscutíveis, evidencia-se, não obstante tais peculiaridades, que os preceitos legais instituidores do procedimento monitório não comportam uma leitura isolada, necessitando que sejam cotejados com os demais comandos do nosso ordenamento jurídico a fim de que se torne viável a aplicação do mesmo em face dos entes públicos.

2. Não havendo óbice legal expresso contra a sua utilização perante a Fazenda, não cabe ao intérprete fazê-lo, face ao entendimento de que é regra de hermenêutica jurídica, consagrada na doutrina e na jurisprudência, a assertiva de que ao intérprete não cabe distinguir quando a norma não o fez, sendo inconcebível interpretação restritiva na hipótese.

3. A decisão proferida em sede do procedimento monitório (art. 1.102b do CPC) tem eficácia de título executivo judicial, mesmo quando não haja interposição de embargos. A necessidade de observância da disciplina do art. 730 do CPC, não induz o raciocínio de que a execução pressupõe título judicial (REsp n. 42.774-6-SP, Relator Ministro Costa Leite, DJ 19.09.1994).

4. Embora parte da doutrina irresigne-se contra a expedição **in initio litis** do mandado de pagamento ou de entrega da coisa contra o Estado, tal argumento deve sofrer atenuações em sua interpretação. Nada impede que a Fazenda reconheça o seu débito e efetue a obrigação exigida pelo credor, cumprindo voluntariamente a ordem injuntiva, sem desprezar o sistema do precatório. Para tanto, basta o reconhecimento da condição de devedora.

5. Não cumprido o mandado para pagamento ou entrega da coisa, à Fazenda é facultado o oferecimento de embargos (art. 1.102c do CPC). Tal hipótese evidencia-se mais tranqüila, eis que estes serão processados pelo procedimento ordinário, assegurando-se amplamente o contraditório e ensejando a possibilidade de farta discussão dos fatos, ampliando sobremaneira o âmbito cognitivo do magistrado e a defesa da devedora. Se rejeitados os embargos, após submissão da sentença ao duplo grau de jurisdição, prossegue-se a execução, em caso de quantia certa, de acordo com os termos dos arts. 730 e seguintes do CPC, e em obediência ao sistema dos precatórios previsto no art. 100 da CF/1988.

6. Se a Fazenda não apresentar embargos, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se, igualmente, no caso de quantia certa, o rumo traçado pelos arts. 730 e seguintes, devendo adequar-se, no particular, às regras do art. 1.102c, **caput**, parte final, e § 3º, parte final, todos do CPC, protraindo-se o pagamento pelo precatório nos termos do art. 100 da CF/1988.

7. Na hipótese de não-interposição de embargos, com a conseqüente conversão do mandado de pagamento em título executivo, comungo do entendimento que defende a possibilidade de, nos casos em que a Fazenda figurar no pólo passivo da demanda, haver reapreciação da decisão pelo Tribunal. Assim, resguardadas estarão as prerrogativas do Estado de que contra ele não prevalece a regra da confissão ficta e a incidência dos efeitos da revelia, por se tratar de direito indisponível (art. 320, II, do CPC).

8. Recurso especial improvido.' (REsp n. 281.483-RJ, Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ 07.10.2002).

'Processo Civil. Ação monitória contra Fazenda Pública. Admissibilidade. Divergência na doutrina. Recurso desprovido.

Diante das características e objetivos do procedimento monitório, e também por inexistir qualquer óbice relevante, tem-se por admissível a adoção desse procedimento também contra a Fazenda Pública.' (REsp n. 196.580-MG, Quarta Turma, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 18.12.2000).

4. Encontram-se na doutrina abalizadas manifestações corroborando essa orientação. Confira-se o pensamento de **Ada Pellegrini Grinover** ('Ação Monitória', **in** Revista Jurídica Consulex, ano I, n. 6, Editora Consulex, pp. 24/28) sobre o tema:

'Não vejo nenhuma incompatibilidade entre um procedimento que visa exclusivamente a abreviar o caminho para a formação de um título executivo e a execução desse título executivo contra a Fazenda Pública, que virá depois. O que se consegue, através do procedimento monitório, nada mais é do que o título executivo. Se posso fazer valer um título executivo contra a Fazenda Pública, pelas formas próprias, adequadas à execução contra a Fazenda Pública, também posso constituí-lo de forma abreviada, contra a mesma Fazenda Pública. Sem dúvida nenhuma há documentos escritos que podem ser utilizados e que não têm força de

título executivo contra a Fazenda Pública, como, **v.g.**, o empenho. Tratar-se-á somente de observar as prerrogativas da Fazenda Pública no procedimento monitório: benefício de prazo para embargar (contestar) e talvez, a garantia do duplo grau quando a sentença condicional se consolidar. Apenas, em caso de não-oposição de embargos, a Fazenda Pública poderá embargar a execução de maneira ampla, mas essa visão não se aplica só a ela, mas a qualquer devedor que não tenha impugnado o mandado inicial.”

3. Reiterando as razões expendidas no precedente mencionado, adoto a orientação esposada pela Primeira Seção e, com base nela, dou provimento aos embargos de divergência, para considerar cabível a ação monitória ajuizada contra a Fazenda Pública, determinando o retorno dos autos à 1ª instância para que sejam apreciadas as demais questões suscitadas.

É o voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 9.586-DF (2004/0034196-2)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Impetrantes: Anna Fernanda Italia Lanzetti Sobral, Antonino Sérgio Guimarães, Dilma Ferreira Lima Barbosa, Helena Terezinha Chaves Ferreira, Hernani Hilário Fittipaldi, Hugo Hartz, Marcio de Lima Araújo, Maria de Lourdes Malta Rezende, Mathias Baliú, Odair Fernandes Aguiar, Odila de Seabra Ferraz, Roberto Julião Pereira de Baére, Sérgio Cavallari, Telma Marcondes Martins, Wilma Noleto Maranhão de Oliveira, Yara Olga Coelho Gomes Scorzelli e Yolanda de Brito Castello Branco

Advogados: Miguel Wilson de Souza e outro

Impetrados: Ministro de Estado da Defesa e Comandante da Aeronáutica

Sustentação oral: Marcelo Augusto Normando, pelos impetrantes

EMENTA

Mandado de segurança. Anistia política. Imposto de renda e contribuição de pensão militar. Isenção. Lei n. 10.559/2002 e Decreto n. 4.897/2003.

I - A isenção do imposto de renda e da contribuição de pensão militar concedida pela Lei n. 10.559/2002, regulamentada pelo Decreto n. 4.897/2003, abrange também aqueles anistiados políticos que tive-

ram sua anistia concedida na vigência de leis anteriores, mesmo que o pedido de substituição do regime de anistia pelo novo instituído ainda não tenha sido objeto de análise pelo Ministério da Justiça, conforme disposição legal.

II - "...Se, relativamente à isenção do imposto de renda, não se faz diferença entre os anistiados que requererem e os que não requereram a 'substituição' de que trata o art. 19 da Lei n. 10.599/2002, não há nenhuma razão lógica ou jurídica para estabelecer tal distinção quando se interpreta o benefício da isenção da contribuição previdenciária..." (MS n. 9.543-DF, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ 28.08.2004, p. 164).

III - A pretensão de reconhecimento do direito à restituição das quantias descontadas a partir de 05 de outubro de 1988 não pode ser deduzida em mandado de segurança, que não comporta discussão sobre efeitos patrimoniais pretéritos.

IV - Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 13 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 30.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Anna Fernanda Itália Lanzetti Sobral e outros, em face de alegado ato omissivo do Comandante da Aeronáutica e do Ministro de Estado da Defesa, que consiste na violação das determinações dispostas na Lei n. 10.559/2002 e Decreto do Presidente da República n. 4.897/2003, que isentam os impetrantes das contribuições de imposto de renda e de pensão militar.

Relatam os impetrantes que são titulares de proventos ou pensões pagas pelo Comando da Aeronáutica em decorrência de anistia política e que, em 28.08.2002, foi editada a Medida Provisória n. 65 que, dentre inúmeros benefícios, isentou todos os anistiados políticos do recolhimento da parcela relativa ao imposto de renda. A medida provisória foi convertida na Lei n. 10.559/2002, a chamada Lei da Anistia, que concedeu um prazo de 90 dias para que todos os processos de anistia política fossem transferidos para o Ministério da Justiça e após 14 (quatorze) meses, transcorridos desde a vigência da MP n. 65, as autoridades impetradas nada fizeram para dar eficácia aos ditames da lei, o que levou ao Decreto Presidencial n. 4.897/2003, reiterando a isenção do imposto de renda, sem que nenhuma providência fosse tomada a esse respeito.

Asseveram que a omissão perdura por quase 19 (dezenove) meses, fazendo com que essa atitude, além de atentar contra os princípios da eficiência, legalidade e da hierarquia, afronte a jurisprudência consolidada desta Corte sobre o tema, impondo-se, assim, o deferimento de liminar para que sejam suspensos imediatamente os descontos relativos ao imposto de renda dos impetrantes e, no mérito, pedem que seja concedido o prazo de 60 (sessenta) dias para que as autoridades-impetradas remetam os respectivos processos de anistia dos impetrantes ao Ministério da Justiça.

Na decisão de fls. 98/99, indeferi a liminar requerida, solicitando informações dos requeridos.

Prestadas as informações pelas autoridades-impetradas, o Ministério Público Federal, em seu parecer de fls.123/127, opina pela concessão da segurança.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Cinge-se a controvérsia em saber se os anistiados políticos, que tiveram sua anistia concedida com base em legislações anteriores à Lei n. 10.559/2002, têm direito à isenção de imposto de renda e contribuição à pensão militar e de forma imediata.

Para melhor compreensão, transcrevo abaixo artigos da Lei n. 10.559/2002 e do Decreto n. 4.897/2003 que se aplicam à hipótese dos autos:

Lei n. 10.559/2002:

“Art. 9º Os valores pagos por anistia não poderão ser objeto de contribuição ao INSS, a caixas de assistência ou fundos de pensão ou previdência, nem objeto de ressarcimento por estes de suas responsabilidades estatutárias.

Parágrafo único. Os valores pagos a título de indenização a anistiados políticos são isentos do Imposto de Renda.”

“Art. 11. Todos os processos de anistia política, deferidos ou não, inclusive os que estão arquivados, bem como os respectivos atos informatizados que se encontram em outros Ministérios, ou em outros órgãos da Administração Pública direta ou indireta, serão transferidos para o Ministério da Justiça, no prazo de noventa dias contados da publicação desta lei.”

“Art. 19. O pagamento de aposentadoria ou pensão excepcional relativa aos já anistiados políticos, que vem sendo efetuado pelo INSS e demais entidades públicas, bem como por empresas, mediante convênio com o referido instituto, será mantido, sem solução de continuidade, até a sua substituição pelo regime de prestação mensal, permanente e continuada, instituído por esta lei, obedecido o que determina o art. 11.”

Decreto n. 4.897/2003:

“Art. 1º Os valores pagos a título de indenização a anistiados políticos são isentos do imposto de renda, nos termos do parágrafo único do art. 9º da Lei n. 10.559, de 13 de novembro de 2002.

§ 1º O disposto no **caput** inclui as aposentadorias, pensões ou proventos de qualquer natureza pagos aos já anistiados políticos, civis ou militares, nos termos do art. 19 da Lei n. 10.559, de 2002.

§ 2º Caso seja indeferida a substituição de regime prevista no art. 19 da Lei n. 10.559, de 2002, a fonte pagadora deverá efetuar a retenção retroativa do imposto devido até o total pagamento do valor pendente, observado o limite de trinta por cento do valor líquido da aposentadoria ou pensão.

Art. 2º O disposto neste decreto produz efeitos a partir de 29 de agosto de 2002, nos termos do art. 106, inciso I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 — Código Tributário Nacional.”

Os impetrantes requerem isenção na fonte do pagamento de imposto de renda e contribuição de pensão militar, com base no supracitado art. 9º e seu parágrafo único, e no Decreto n. 4.897/2003.

Pela mera leitura da legislação acima transcrita, conclui-se assistir razão aos impetrantes, uma vez que a norma regulamentadora do art. 9º, parágrafo único, da Lei n. 10.559/2002, que é o Decreto n. 4.897/2003, é extremamente clara ao conferir às prestações pecuniárias devidas aos anistiados anteriores a mesma natureza que têm as de que trata a nova lei.

Nesse panorama, os impetrantes têm direito à isenção requerida, mesmo antes da substituição do regime de anistia, pelo novo regime instituído pela Lei n. 10.559/2002.

Não obstante, em relação às quantias descontadas a título de imposto de renda, há que se observar que os efeitos do benefício da isenção somente começam a valer a partir da impetração da ação mandamental, haja vista não ser o mandado de segurança o meio hábil para se discutir sobre efeitos patrimoniais pretéritos (Súmula n. 271-STF).

No mesmo sentido, confira-se o MS n. 9.543-DF, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ 28.08.2004, p. 164, cuja ementa transcrevo abaixo:

“Tributário. Mandado de segurança. Decadência. Anistia política. Imposto de renda e contribuição previdenciária. Isenção instituída pela Lei n. 10.599/2002. Abrangência em relação aos anistiados políticos pela Lei n. 6.683/1979 e Emenda Constitucional n. 26/1985. Restituição de valores indevidamente recolhidos.

1. A impetração funda-se no descumprimento do Decreto n. 4.897, de 25.11.2003, que isentou do imposto de renda os anistiados políticos, alterando a situação jurídica dos impetrantes. Conta-se, portanto, a partir da publicação desse decreto, o prazo decadencial previsto no art. 18 da Lei n. 1.533/1951.

2. O Decreto n. 4.897, de 25 de novembro de 2003, esclareceu que, a partir de 29 de agosto de 2002, os efeitos da isenção do imposto de renda concedida pelo art. 1º da Lei n. 10.599, de 13.11.2002, alcançam também os pagamentos de aposentadoria e de pensão aos anistiados de que trata o art. 19 da referida lei, mesmo antes de que tenha se operado a ‘substituição’ ali referida.

3. Embora o Decreto n. 4.897/2003 não tenha se referido à isenção da contribuição previdenciária incidente sobre a pensão militar, não há porque dar a essa isenção, prevista no **caput** do art. 9º da Lei n. 10.559/2002, um tratamento jurídico diferente do que foi reconhecido como devido à isenção referida no parágrafo único daquele artigo. **Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio**. Se, relativamente à isenção do imposto de renda, não se faz diferença entre os anistiados que requererem e os que não requereram a ‘substituição’ de que trata o art. 19 da Lei n. 10.599/2002, não há nenhuma razão lógica ou jurídica para estabelecer tal distinção quando se interpreta o benefício da isenção da contribuição previdenciária.

4. A pretensão de reconhecimento do direito à restituição das quantias descontadas a partir de 05 de outubro de 1988 não pode ser deduzida em mandado de segurança, que não comporta discussão sobre efeitos patrimoniais pretéritos, nos termos da Súmula n. 271-STF

5. Segurança parcialmente concedida. Agravo regimental prejudicado.”
E o MS n. 9.636-DE, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ 13.12.2004, p. 198:

“Direito Tributário. Mandado de segurança. Competência da Primeira Seção. Legitimidade **ad causam** das autoridades impetradas. Decadência inocorrente. Imposto de renda e contribuição previdenciária. Servidor público militar anistiado antes da Lei n. 10.559/2002. Isenção. Decreto n. 4.897/2003. Precedente desta Corte. Devolução dos valores indevidamente descontados. Impossibilidade (Súmula n. 271-STF). Concessão parcial da ordem.

1. Versando o presente **mandamus** sobre questão de natureza tributária, evidencia-se a competência da Primeira Seção para o julgamento da demanda.

2. Afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva **ad causam** levantada pelas autoridades impetradas, pois o impetrante, na qualidade de servidor público militar, está hierarquicamente subordinado ao Ministério da Defesa e ao Comandante do Exército. Ademais, o próprio Ministro da Defesa editou a Portaria n. 657-MD-2004 sobre anistia política, que estabelece normas para execução, no âmbito do Ministério da Defesa e das Forças Armadas, do parágrafo único do art. 18 da Lei n. 10.559/2002. Por sua vez, o Diretor da Seção de Inativos e Pensionistas do Exército é o responsável pela regularidade da folha de pagamento do impetrante.

3. Deve ser rejeitada a prejudicial de mérito da decadência, pois o pagamento dos proventos do impetrante em valor inferior ao correto, em razão de descontos indevidos, é ato administrativo de execução sucessiva. Caracterizada a relação jurídica de trato sucessivo, esta é renovada mensalmente, legitimando a contagem do prazo para impetração do mandado de segurança a partir de cada ato praticado. Precedentes deste Tribunal Superior.

4. Nos termos do Decreto n. 4.897/2003, os valores pagos a título de indenização a anistiados políticos são isentos de imposto de renda, inclusive o montante pago aos declarados anistiados antes da Lei n. 10.559/2002 que ainda não foram submetidos à ‘substituição de regime’ prevista no art. 19 do referido diploma legal.

5. Quanto à isenção referente à contribuição previdenciária, apesar de o Decreto n. 4.897/2003 ter silenciado sobre o assunto, esta foi expressamente prevista no art. 9º da Lei n. 10.559/2002, devendo-lhe ser dado o mesmo tratamento jurídico que o atribuído à isenção do imposto de renda pelo Decreto n. 4.897/2003.

6. Precedente desta Primeira Seção (MS n. 9.543-DE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 13.09.2004).

7. Em sede de mandado de segurança, é inviável a análise da pretensão relativa à restituição de todos os valores descontados indevidamente. Dicção da Súmula n. 271-STF.

8. Segurança parcialmente concedida.”

Ante o exposto, concedo a segurança, para que as autoridades-impetradas se abstenham de efetuar os descontos de imposto de renda e de contribuição para pensão militar sobre os pagamentos efetuados aos impetrantes.

É como voto.
