

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 269.674 – SP

(Registro n. 99.0099452-3)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Agravante: Município de Itapevi
Advogados: Célia Gonçalves do Nascimento e outros
Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: Processual Civil – Agravo (art. 545, CPC).

1. O pronunciamento do Tribunal **a quo** sobre questões não enfrentadas, via manejo de embargos declaratórios, constitui providência hábil a destrancar o acesso à instância excepcional, que não pode prescindir do efetivo prequestionamento.

2. A articulação dos embargos declaratórios, ainda que desaventurada, propicia a alegação de ofensa ao art. 535, I e II, CPC. A falta atrai a aplicação das Súmulas n. 282 e 356-STF.

3. Agravo não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, *negar provimento ao agravo regimental*, 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 Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 12 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Ao derredor de agravo regimental malferindo decisão proferida em agravo de instrumento que não admitiu processamento de recurso especial interposto contra aresto assim sumariado:

“À parla de contrariedade aos artigos 125, inciso I, e 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, articulado, recurso especial (art. 105, III, a, CF), em suma, acentuou a decisão agravada:

‘3. No que tange ao recurso especial, também não merece prosperar.

Os dispositivos legais tidos como violados não foram apreciados pelo acórdão guerreado, de modo explícito, como vem sendo exigido, faltando, assim, uma das condições para o processamento do recurso, que é o prequestionamento viabilizador da instância excepcional.’ (fl. 107).

Incensurável o r. **decisum**, pois como bem lançado, padece o recurso do requisito do prequestionamento, já que não tenho a irrogada violação ao texto legal como ocorrida por ocasião do acórdão impugnado.

O prequestionamento é requisito essencial e pressuposto específico de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário. Mesmo os temas constitucionais, na sede do apelo extremo, se subordinam a essa indeclinável exigência.

Por outro lado, caso a matéria questionada não seja ventilada no acórdão recorrido, deve a parte provocá-la mediante embargos declaratórios (Súmulas n. 282 e 356 do STF).

Diante do exposto, *não conheço do agravo* (art. 544, § 2^a, do CPC).” – fl. 123.

Neguei processamento ao agravo de instrumento apoiado nos enunciados das Súmulas n. 282 e 356 da Suprema Corte, bem como em jurisprudência desta Corte de que é necessária a interposição de embargos de declaração para suprir a ausência de prequestionamento.

Neste agravo alega o Agravante, em síntese, a presença dos pressupostos de admissibilidade.

Aduz:

“Ora, no caso em exame, o MM. Ministro-Relator, não conheceu do recurso de agravo de instrumento, consubstanciando sua decisão na ausência do malfadado prequestionamento que, quando muito, tem sido exigido, ainda que contrário ao princípio da legalidade, como requisito para admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, sendo silentes as Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal quanto aos demais recursos, haja vista a natureza e o objeto daqueles primeiros.

Constituição Federal:

‘Artigo 5^o. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;’

Assim, a decisão de provimento ou não do recurso de agravo de instrumento, há de ser, necessariamente, proferida por órgão colegiado desse Tribunal Superior, sob pena de violação aos consagrados princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, igualmente garantidos pelo artigo 5^o, inciso LV, da Magna Carta.” (fl. 131).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Impressionado pelas incisivas razões aduzidas pela parte-agravante, reexaminei as peças informativas, a final, anotando que o v. acórdão objeto do recurso, cujo processamento foi obstado, na sua fundamentação não interpretou ou aplicou as disposições apontadas.

Se a compreensão mostrou-se turvada, competia à parte interessada interpor embargos declaratórios (art. 535, I e II, CPC), cuja falta atrai a aplicação das Súmulas n. 282 e 356-STF. E, a tempo e modo, se aforados, não completado o julgamento, então, à via especial, caberia a argüição de

malferimento ao art. 535, CPC (REsps n. 43.622-SP, Rel. Min. Cesar Rocha, **in** DJU de 27.6.1994; 70.644-RJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, **in** DJU de 29.4.1996; 65.977-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, **in** DJU de 28.8.1995; AgRg no Ag n. 91.356, **in** DJU de 8.4.1996 e AgRg no Ag n. 185.736-MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, **in** DJU de 18.12.1998).

Pelo exposto, em que pese louvar a competência demonstrada pelo ilustre Advogado, recorrendo diligentemente, todavia, como explicitado, reafirmando a fundamentação da ferretada decisão, *voto não provendo o agravo*.

É o voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 318.915 – DF

(Registro n. 2000.0067860-0)

Relator p/ acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros
Relator originário: Ministro Francisco Falcão
Agravante: Distrito Federal
Procuradores: Luiz Felipe Bulus A. Ferreira e outros
Agravados: Anderson Rodrigues Melo da Silva e outros
Advogados: Verônica Balbino de Sousa e outros

EMENTA: Processual – Agravo de instrumento – Peças cuja obtenção se mostrou impossível – Suprimento.

Em caso de justo impedimento é possível complementar o instrumento de agravo, com peças cuja oportuna obtenção mostrou-se impossível.

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 maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, dar provimento ao agravo regimental para conhecer do agravo de instrumento, nos termos do voto do Sr. Ministro Humberto Gomes de

Barros, que lavrará o acórdão. Votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator para acórdão os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e José Delgado. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília-DF, 21 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 11.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de minha lavra, pela qual neguei seguimento a agravo de instrumento tendente a viabilizar o acesso de recurso especial a esta Corte, uma vez que as peças que instruíram o agravo foram apresentadas extemporaneamente, após a interposição do recurso.

Alega o Agravante que a juntada das peças necessárias à formação do instrumento, ocorrida no dia seguinte ao da interposição tempestiva do agravo, deu-se pela falta de *tonners* nas máquinas de xerox da Procuradoria Geral do Distrito Federal. Justifica-se, ainda, que, tentando utilizar a copiadora existente na sala da Defensoria Pública do TJDF, surpreendeu-se pela falta de papel.

Em mesa, para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Em que pese os esforços do Agravante em defender o seguimento do recurso por ele interposto, não há como conhecê-lo.

É pacífico nesta Corte o entendimento de que a composição integral do traslado obrigatório deve processar-se dentro do prazo para a interposição do agravo, incumbindo ao Agravante o dever de vigilância na produção do instrumento.

Ademais, se a situação enfrentada é “até normal aos olhos dos servidores distritais”, como o próprio Agravante afirma em suas razões, deveria diligenciar para que as referidas cópias estivessem prontas dias antes do fim do prazo recursal.

Não constituindo justa causa suas justificativas não provadas, nego provimento ao regimental.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, peço vênia ao Sr. Ministro Francisco Falcão porque, como lembrou o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, já estivemos até para adotar súmula, dizendo que, na instância ordinária, é possível complementar o instrumento.

Dou provimento ao agravo regimental para conhecer do agravo.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 221.661 – PR

(Registro n. 99.0059128-3)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Agravante: Cooperativa Agropecuária Mouraoense Ltda
Advogados: Ademar Silva dos Santos e outro
Agravado: Estado do Paraná
Advogados: Ana Cláudia Bento Graf e outros

EMENTA: Processual Civil e Tributário – Recurso especial – Agravo regimental – ICMS – Produto semi-elaborado – Exportação – Art. 1º, Lei Complementar n. 65/1991.

Segundo entendimento dominante desta colenda Corte, para que se afaste a incidência de ICMS sobre determinado produto industrializado semi-elaborado, é necessário que este não se insira, cumulativamente, em pelo menos dois dos requisitos do art. 1º da Lei Complementar n. 65/1991.

Tendo ficado evidenciado, consoante assentado no acórdão hostilizado, que inócurre, *in casu*, a previsão do inc. II, mas indemonstrada a não-incidência das hipóteses previstas nos incisos I e III, é de se incidir o ICMS sobre os produtos exportados pela ora agravante.

Precedentes.

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 e Milton Luiz Pereira. Ausentes, ocasionalmente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros e, 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 11.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto por Cooperativa Agropecuária Mouraoense Ltda, contra decisão que proferi às fls. 526/527, negando seguimento ao recurso especial que manifestou pelas alíneas a e c do permissivo constitucional, e que restou assim redigida, no que interessa:

“No que se refere ao acórdão **a quo** ter asseverado que para a caracterização do produto industrializado semi-elaborado mister se faria o seu enquadramento numa das três hipóteses previstas no art. 1^a da Lei Complementar n. 65/1991, dando provimento ao apelo e à remessa necessária, por entender não ter restado comprovado pela ora recorrente que o custo da matéria-prima empregada no seu produto industrializado é inferior a 60% do preço final do produto, não assiste razão à Recorrente.

Segundo entendimento dominante desta colenda Corte, para que se afaste a incidência de ICMS sobre determinado produto industrializado semi-elaborado, é necessário que este não se insira, cumulativamente, em pelo menos dois dos requisitos do art. 1^a da Lei Complementar n. 65/1991 e, tendo ficado evidenciado, consoante assentado no acórdão hostilizado, que incorrente, **in casu**, a previsão do inc.

II, mas indemonstrada a não-incidência das hipóteses previstas nos incs. I e III, é de se incidir o ICMS sobre os produtos exportados pela Recorrente. (Omissis).

Quanto à alegada violação ao art. 2º da supramencionada lei complementar, a questão foi decidida pelo Tribunal ordinário diante de fundamento de índole constitucional, não sendo competência desta colenda Corte a composição de dissídio pretoriano, que deve ser arguido nas razões do recurso extraordinário **stricto sensu**.

Ademais, ainda inexistente o óbice acima apontado, igualmente não cognoscível o recurso manifestado pela alínea c do permissivo constitucional, haja vista não ter a Recorrente demonstrado, nos moldes exigidos pelo art. 255 do RISTJ, a existência da sustentada divergência jurisprudencial.”

Sustenta a Agravante que, muito embora galgada na jurisprudência dominante desta colenda Corte, a decisão hostilizada merece reforma, porquanto “a não se entender como necessários os três requisitos para qualificar-se como semi-elaborado o produto industrializado, seria imperativa a conclusão de que a Constituição Federal teria estabelecido uma imunidade condicionada e, o que é mais grave, condicionada à vontade política dos próprios Estados, destinatários do tributo que se pretendeu dispensar”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Em que pese a argumentação da Agravante, filio-me à jurisprudência majoritária deste egrégio Tribunal, segundo a qual para que se afaste a incidência de ICMS sobre determinado produto industrializado semi-elaborado, é necessário que este não se insira, cumulativamente, em pelo menos dois dos requisitos do art. 1º da Lei Complementar n. 65/1991.

Destarte, tendo ficado evidenciado, consoante assentado no acórdão hostilizado, que inócurre, **in casu**, a previsão do inc. II, mas indemonstrada a não-incidência das hipóteses previstas nos incs. I e III, é de se incidir o ICMS sobre os produtos exportados pela ora agravante.

Sobre o tema, destaco os seguintes precedentes, já invocados na decisão agravada:

“Tributário. ICMS. Exportação de produto semi-elaborado. O

produto, cuja matéria-prima sofreu modificação química e representa menos de sessenta por cento do respectivo custo, não está sujeito ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 149.533-MG, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 14.6.1999).”

“Agravo no recurso especial. Processual Civil. Tributário. ICMS. Ofensa aos arts. 458, II; 165, 535, I e II, do CPC. Exportação de produto do gênero semi-elaborado. Ferroligas. Caracterização do produto. Art. 1º, I, II e III, da Lei Complementar n. 65/1991. Interpretação. A identificação do semi-elaborado tributável somente é possível por meio da conjugação de, no mínimo, dois dos itens dos artigo 1º da Lei Complementar n. 65/1991. O produto, cuja matéria-prima sofreu modificação química e representa menos de sessenta por cento do respectivo custo, não está sujeito ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Agravo no recurso especial provido, para reformar a decisão do Tribunal **a quo** e declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a Autora ao recolhimento de ICMS nas operações de exportação de ferroligas, na medida em que não se verifica hipótese de incidência do aludido imposto. Inversão dos ônus sucumbenciais. (REsp n. 127.923-SP, Min.ª Nancy Andrichi, DJ de 28.6.2000).

Tais as razões expendidas, mantendo os mesmos fundamentos da decisão hostilizada, *nego provimento* ao agravo.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 274.632 – SP

(Registro n. 2000.0086897-3)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradores: Mônica Hernandez de São Pedro e outros
Agravada: Perez Indústria Metalúrgica Ltda
Advogados: Mirit Levaton e outros

EMENTA: Tributário – ICMS – Correção monetária – Agravo regimental.

– Constitui matéria de direito local a correção monetária dos créditos do ICMS, não podendo ser apreciada em sede de recurso especial.

– Precedentes. (EREsp n. 61.241-SP).

– 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 e Milton Luiz Pereira. Ausentes, ocasionalmente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros e, 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 11.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra a decisão que deu parcial provimento ao recurso especial da Agravante.

Naquela decisão entendi que a repetição dos valores pagos indevidamente a título de ICMS está condicionada à prova negativa de transferência do respectivo encargo, de acordo com o artigo 166 do CTN, e que a apreciação da questão referente à correção monetária de créditos daquela exação envolvia matéria de cunho local, insusceptível de análise perante esta Corte.

A Agravante afirma que a matéria relativa à correção monetária dos créditos escriturais do ICMS se assenta em legislação federal, não se tratando de lei local, estando assim sua análise condicionada à órbita desta colenda Corte.

Alega não caber qualquer correção monetária sobre o tributo em tela. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Mantenho a decisão agravada.

Em relação à dúvida manifestada, a decisão é clara ao dar provimento a esta parcela do recurso da Agravante, como transparece na transcrição do seguinte trecho daquele **decisum**:

“Em relação ao recurso da Fazenda Estadual, verifico que, de acordo com o art. 166 do CTN, para a repetição do ICMS faz-se necessária a prova negativa de transferência do respectivo encargo.”

Já em relação à irresignação quanto ao entendimento manifestado na decisão, no sentido de que a matéria em comento é inapreciável nesta via recursal, tenho que a questão da correção monetária dos créditos de ICMS tem sido apreciada prevalentemente no sentido de que se cuida de questão relativa a direito local, enfrentando tema de natureza constitucional.

Nesse diapasão, destaco os seguintes julgados:

“Processual Civil. ICMS. Créditos escriturais. Correção monetária. Direito local. Precedente. Agravo improvido.

1. ‘Constitui matéria de direito local a correção monetária dos créditos do ICMS, não podendo ser apreciada em sede de recurso especial’ (REsp n. 61.241-SP).

2. Agravo regimental improvido.” (REsp n. 297.593-MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJU de 13.11.2000, p. 139).

“ICMS. Créditos escriturais. Correção monetária. Direito local. Questão constitucional.

Tratando-se de matéria de direito local, a correção monetária do crédito tributário escritural não pode ser apreciada pela via especial.

Tendo o colendo Supremo Tribunal Federal decidido a questão, toma esta feição de matéria constitucional, não podendo ser apreciada na via especial.” (AgRg no REsp n. 256.088-MG, Relator Ministro Garcia Vieira, DJU de 18.9.2000, p. 106).

No mesmo sentido, confirmam-se: REsp n. 85.151-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJU de 11.9.2000, p. 233; REsp n. 63.883-RS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJU de 21.8.2000, e REsp n. 80.661-SP, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU de 6.11.2000, p. 193.

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

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 276.779 – SP

(Registro n. 2000.0091654-4)

Relator: Ministro José Delgado
Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradores: Paulo Alves Netto de Araújo e outros
Agravados: Hélio Biguzzi e outro
Advogados: Cíntia Maria Léo Silva e outro

EMENTA: Tributário e Processual Civil – Execução fiscal – Responsabilidade de sócio-gerente – Limites – Art. 135, III, do CTN – Precedentes.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

2. Em qualquer espécie de sociedade comercial é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não são responsáveis pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação ao estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei n. 6.404/1976).

3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração à lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária de ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.

5. Precedentes desta Corte Superior.

6. O fato do sócio ter se retirado da sociedade em data anterior à da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária discutida constitui suporte jurídico para excluí-lo de qualquer responsabilidade. Sem influência para essa caracterização a ocorrência do registro do documento comprobatório da venda das quotas na junta comercial em data posterior.

7. Prova não feita pelo Fisco de que, na época da ocorrência do fato gerador tributável, o recorrido era sócio, da sociedade ter sido dissolvida irregularmente ou de que ele exercia função de sócio-gerente.

8. Acórdão de 2º grau baseado em presunção.

9. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Licenciado o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília-DF, 20 de fevereiro de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: O Estado de São Paulo interpõe agravo regimental contra a decisão de fl. 223 que assentou, em síntese, não ser solidária a responsabilidade dos bens do sócio de pessoa jurídica por dívidas fiscais assumidas pela sociedade, por considerar que a responsabilidade tributária imposta ao sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprovada infração à lei praticada por qualquer um dos dirigentes mencionados.

Alega o Estado-agravante que houve dissolução irregular da empresa, haja vista que a suposta transferência das cotas sociais da mesma, pelos Executados, aqui arrolados para assumirem o redirecionamento da execução, só foi registrada em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, no ano de 1988, seis meses após a ocorrência do fato gerador do tributo cobrado.

Esse fato deve ser somado ao entendimento assumido pelo acórdão recorrido que reconheceu: “no tocante à suposta transferência das cotas sociais para outras pessoas, não se efetivou, já que os livros foram encontrados no endereço do ora recorrido.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A parte-recorrida, conforme reconheceu a sentença de 1ª grau, vendeu, em 21.12.1986, as cotas sociais que possuía da Empresa-executada. A transação está comprovada com instrumento particular de compromisso de compra e venda de estabelecimento industrial e respectivo adendo.

O fato de só ter sido registrada a alteração social na junta comercial após a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária ora discutida não é causa legal para imprimir responsabilidade ao Recorrido.

O que deve ser considerado para fins de determinação da responsabilidade tributária do sócio é, entre outras situações, a prova de que ocorreu dissolução irregular da sociedade mediante o desaparecimento da empresa ou que haja comprovação de que o sócio, por exercer cargo de direção, tenha contribuído para o não-pagamento do tributo.

O acórdão de 2ª grau firmou convencimento com base em presunções.

Não há, nos autos, prova de que o Executado, embora sócio, tenha exercido função de direção na Empresa quando consumou-se o fato gerador da obrigação tributária, nem que a sociedade tenha sido irregularmente dissolvida.

A certeza imposta pelo exame das provas depositadas nos autos é a conclusão assumida pela decisão de 1^a grau no sentido de que o Recorrido afastou-se da sociedade antes da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária questionada.

Com base nesse panorama processual, tenho como imodificável a decisão agravada, cujos termos transcrevo (fls. 223/230):

“Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Responsabilidade de sócio-gerente. Limites. Art. 135, III, do CTN. Precedentes.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

2. Em qualquer espécie de sociedade comercial é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei n. 6.404/1976).

3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária de ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.

5. Precedentes desta Corte Superior.

6. Recurso provido (art. 557, § 1º, do CPC – redação dada pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998, DOU de 18.12.1998).

Vistos, etc.

Cuida-se de recurso especial interposto por Hélio Biguzzi e outro, com fulcro no art. 105, III, c, da Carta Magna, contra v. acórdão que, em ação executiva fiscal, considerou ser possível a penhora de bens de responsável tributário (sócio ou gerente), por substituição, a teor do art. 135, III, do CTN.

Sustenta-se que a decisão atacada divergiu de entendimento de outros tribunais. Relatados, decido.

Cuida o presente caso de se buscar definição acerca da possibilidade de se cobrar integralmente de ex-sócio de uma empresa tributo por ela não recolhido quando o mesmo já não exercia mais atos de administração da mesma. O art. 135 do CTN dispõe expressamente que:

‘Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.’

Em qualquer espécie de sociedade comercial é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Nas sociedades anônimas, onde todo o capital se divide em ações, a responsabilidade dos sócios, participantes ou acionistas é limitada ao montante das ações, por eles subscritas ou adquiridas, as quais facilitam, por sua circulação, a substituição de todos os sócios ou acionistas (**Miranda Valverde**).

Ou, ainda, segundo **Amador Paes de Almeida** ‘pode a sociedade

anônima ser definida como a pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, com o capital dividido em ações, sob uma denominação, limitando-se a responsabilidade dos acionistas ao preço da emissão das ações subscritas ou adquiridas' (in Manual das Sociedades Comerciais, 8ª ed., 1995, Saraiva).

Contudo, a responsabilidade de direção é mais ampla. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação ao estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei n. 6.404/1976). A lei, portanto, que regula a constituição das S/A condicionou a responsabilidade do diretor à prática de atos com violação ao estatuto ou à lei. Torna-se claro, entretanto, que tal responsabilidade limita-se somente ao período do seu exercício gerencial.

Nessa linha de pensamento: 'Quem está obrigado a recolher os tributos devidos pela empresa é a própria pessoa jurídica; e, não obstante ela atue por intermédio de seu órgão, o sócio-gerente (ou diretor), a obrigação tributária é daquela, e não deste. Sempre, portanto, que a empresa deixa de recolher o tributo na data do respectivo vencimento, a impontualidade ou a inadimplência é da pessoa jurídica, não do sócio-gerente (ou diretor)'. (REsp n. 100.739-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 1.2.1999).

De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração à lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

O dispositivo supra-referido trata, portanto, da responsabilidade por substituição. Aqueles que representam a sociedade e agem de má-fé merecem, por inteiro, o peso da responsabilidade tributária decorrente de atos praticados sob essas circunstâncias.

A solidariedade do sócio pela dívida da sociedade só se manifesta, todavia, quando comprovado que, *no exercício de sua administração*, praticou os atos elencados na forma do art. 135, **caput**, do CTN. Há impossibilidade, pois, de se cogitar na atribuição de tal responsabilidade substitutiva quando sequer estava o sócio investido das funções diretas da sociedade.

Há de ser afastada a pretensão de que o Recorrente responda pela integralidade dos débitos questionados, merecendo reforma o v. **decisum** objurgado.

A execução abrange período anterior à época de responsabilidade do Recorrente e as dívidas anteriores (ou posteriores) à permanência do sócio na empresa não podem, via de regra, atingi-lo, até mesmo porque que ausente qualquer prova de liame entre o Recorrente e os fatos geradores dos períodos restantes. Assim, realmente é o Recorrente irresponsável.

É cristalina, portanto, a condição de se encontrar o sócio no 'exercício gerencial' da sociedade para que lhe seja atribuída a responsabilidade prevista no art. 135 do CTN.

O debate instaurado sobre a questão em comento, na verdade, encontra-se, hodiernamente, pacificado no âmbito das egrégias Turmas que compõem a Primeira Seção desta Casa, conforme se verifica dos julgados abaixo, sendo desnecessário, pois, proceder-se à unificação de entendimento sobre a matéria.

'Tributário. Responsabilidade tributária. Sócio-gerente. Cessão de quotas.

– A identificação da responsabilidade tributária do sócio-gerente que transfere suas quotas sociais segue o princípio geral adotado no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional; a solidariedade pela dívida da sociedade, também nesse caso, só se manifesta quando comprovado que, no exercício da gerência, ele praticou atos com excesso de poderes ou infração à lei ou ao contrato social.

– Recurso especial não conhecido.' (REsp n. 108.827-RS, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 17.2.1999).

'Tributário. Dívida ativa inscrita. Certidão negativa de débito. Pessoa física. Sócios. CTN, art. 135, III.

1. A pessoa jurídica, com personalidade própria, não se confunde com a pessoa de seus sócios. Constitui, pois, delírio fiscal, à matroca de substituição tributária, atribuir-se a responsabilidade substitutiva (art. 135, **caput**, CTN) para sócios-diretores ou gerentes, antes de apurado o ato ilícito.

2. Recurso improvido.' (REsp n. 139.872-CE, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 10.8.1998).

‘Sociedade civil. Responsabilidade do sócio-gerente. Dissolução regular por força de insolvência civil.

A jurisprudência tem identificado como ato contrário à lei, caracterizador da responsabilidade pessoal do sócio-gerente, a dissolução irregular da sociedade, porque a presunção aí é a de que os bens foram distraídos em benefício dos sócios ou de terceiros, num e noutro caso em detrimento dos credores; não se cogita, todavia, dessa responsabilidade, se a sociedade foi dissolvida regularmente, por efeito de insolvência civil processada nos termos da lei. Recurso especial não conhecido.’ (REsp n. 45.366-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 28.6.1999).

‘Tributário. Sociedade anônima e/ou sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Limites da responsabilidade do diretor e/ou do sócio-gerente.

Quem está obrigada a recolher os tributos devidos pela empresa é a pessoa jurídica, e, não obstante ela atue por intermédio de seu órgão, o diretor ou o sócio-gerente, a obrigação tributária é daquela, e não destes. Sempre, portanto, que a empresa deixa de recolher o tributo na data do respectivo vencimento, a impontualidade ou a inadimplência é da pessoa jurídica, não do diretor ou do sócio-gerente, que só respondem, e excepcionalmente, pelo débito, se resultar de atos praticados com excesso de mandato ou infração à lei, contrato social ou estatutos, exatamente nos termos do que dispõe o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Recurso especial conhecido, mas improvido.’ (REsp n. 100.739-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 1.2.1999).

‘Processual e Tributário. Execução fiscal. Embargos. Responsabilidade de antigo sócio que já havia se retirado da empresa. Correta a decisão que julgou procedentes os embargos à execução. Precedentes jurisprudenciais.

I – No sistema jurídico-tributário vigente o sócio-gerente é responsável – por substituição – pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração à lei ou cláusulas do contrato social.

II – Na hipótese em que o sócio já se retirou da empresa e a ele não é atribuída a prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto, de maneira a infringir o princípio legal insculpido no art. 135 do CTN, este (ex-sócio)

não pode ser responsável pelo débito fiscal objeto de execução fiscal ajuizada quando não mais participava da empresa-executada.

III – Recurso desprovido. Decisão unânime.’ (REsp n. 138.707-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 29.6.1998).

‘Responsabilidade pessoal. Representantes das pessoas jurídicas. Certidão negativa de débitos.

– A pessoa jurídica tem existência distinta de seus membros e os sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, a não ser quando diretores, gerentes e representantes dela ajam com infração à lei, ao contrato social ou estatuto.

– Recurso improvido.’ (REsp n. 79.155-CE, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 8.6.1998).

‘Processual Civil. Embargos à execução. Sócio não investido na condição de sócio-gerente. Responsabilidade advinda da dissolução irregular da sociedade. Imputação indevida.

– Na hipótese **sub judice**, não se encontrando o sócio-quotista na condição de sócio-gerente, quando da dissolução irregular da sociedade, descabe imputar-lhe a responsabilidade de que trata o art. 135, III, do CTN. Precedente jurisprudencial.

– Recurso desprovido. Decisão unânime.’ (REsp n. 93.609-AL, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 2.3.1998).

‘Processual Civil. Tributário. Agravo regimental. Recurso especial. Matéria de fato. Não-admissibilidade.

1. A Súmula n. 7 do STJ informa que não se admite, em sede de recurso especial, o reexame de matéria de fato decidida pela Instância **a quo** e que serviu de base para a decisão.

2. O gerente ou diretor de empresa, não-sócio, que, na época do fato gerador do tributo e da constituição do crédito tributário, não se encontrava exercendo tais funções, não responde, com os seus bens particulares, pela dívida da sociedade que comandou.

3. Recurso especial inadmitido na origem, com decisão prestigiada em sede de agravo de instrumento e que se confirma via agravo regimental.

4. Agravo regimental improvido.’ (AgRg no Ag n. 131.957-SP, desta relatoria, DJ de 17.11.1997).

‘Tributário. Sociedade limitada. Responsabilidade do sócio pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica (CTN, art. 173, III). Sócio-gerente. Transferência de cotas sem dissolução da sociedade. Responsabilidade do sucessor. CTN, arts. 135 e 136.

I – O sócio e a pessoa jurídica formada por ele são pessoas distintas (Código Civil, art. 20). Um não responde pelas obrigações da outra.

II – Em se tratando de sociedade limitada, a responsabilidade do cotista, por dívidas da pessoa jurídica, restringe-se ao valor do capital ainda não realizado (Decreto n. 3.708/1919 – art. 9º). Ela desaparece, tão logo se integralize o capital.

III – O CTN, no inciso III do art. 135, impõe responsabilidade – não ao sócio – mas ao gerente, diretor ou equivalente. Assim, sócio-gerente é responsável, não por ser sócio, mas por haver exercido a gerência.

IV – Quando o gerente abandona a sociedade – sem honrar-lhe o débito fiscal – o fato ilícito que o torna responsável não é o atraso de pagamento, mas a dissolução irregular da pessoa jurídica.

V – Não é responsável tributário pelas dívidas da sociedade o sócio-gerente que transferiu suas cotas a terceiros, os quais deram continuidade à empresa.’ (REsp n. 101.597-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 14.4.1997).

Seguindo a mesma linha acima registrada, tive a oportunidade de no EREsp n. 100.739-SP, DJ de 28.2.2000, externar o seguinte entendimento, **litteratim**:

‘Em que pesem as doutes razões expendidas pela Embargante, o apelo formulado não merece êxito. Tenho compreensão formada de que deve prevalecer o posicionamento adotado pelo acórdão embargado.

O **decisum** embargado entendeu, de modo expresso, que:

a) quem está obrigada a recolher os tributos devidos pela empresa é a pessoa jurídica; e, não obstante ela atuar por intermédio de seu órgão, o sócio-gerente (ou diretor), a obrigação tributária é daquela, e não deste;

b) sempre que a empresa deixa de recolher o tributo na data do respectivo vencimento, a impontualidade ou a inadimplência é da pessoa jurídica, não do sócio-gerente (ou diretor);

c) o sócio-gerente (ou diretor) só responde pelas dívidas da pessoa jurídica quando age com excesso de mandato ou infração à lei, contrato social ou estatutos, exatamente nos termos expressos pelo art. 135, III, do CTN.

A sentença de 1^o grau, examinando a prova depositada nos autos, entendeu que o sócio-embargado, na época em que o débito referente ao tributo devido pela empresa surgiu, exercia a administração da sociedade, de forma conjunta com os demais sócios.

A respeito, está posto na mencionada decisão (fl. 60):

‘A Embargada alega que o Embargante era diretor da Empresa-executada quando os débitos tributários surgiram. Tal fato é incontestável.’

Mais adiante, a sentença prossegue (fls. 60/61):

‘Porém, temos que o simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Como não há alegação de que o Embargante tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal.

O sucessor da Executada é a massa falida, para a qual foi transferido todo o ativo e passivo, sendo, portanto, a responsável exclusiva pelas obrigações tributárias.

Há se considerar de modo diverso, irrelevante seria a limitação de responsabilidade dos sócios nas sociedades anônimas.

Assim, os bens particulares do Embargante não respondem pelas dívidas da sociedade. Nesse sentido: RT 703/86; RTJ 122/719.’

Essa situação fática foi prestigiada pelo acórdão proferido na apelação. Confira-se (fls. 104/105):

‘No caso dos autos, o Apelado era diretor da Executada, sociedade anônima, da qual se retirou antes do ajuizamento da execução. Os débitos se referem à época em que ele ainda ocupava aquela diretoria. Os documentos dos autos, em especial a certidão de fl. 19, esclarecem apenas isso, não havendo nenhuma referência aos poderes e atos que teriam sido praticados pelo Apelado em sua gestão.’

Ocorre que, conforme registrado no curso da instrução, o Sócio-embargado retirou-se da sociedade antes do ajuizamento da execução, continuando a Empresa a exercer as suas atividades.

Esse panorama está caracterizado nos autos, de modo inquestionável, passando a exercer forte influência para a interpretação e aplicação do art. 135, III, do CTN, em face de o Embargado não ser apontado como tendo, no exercício de diretoria, dissolvido irregularmente a sociedade nem violado a legislação em vigor ou os estatutos sociais. Esta, após a saída do Embargado dos seus quadros sociais, continuou cumprindo as suas atividades.

Configurado esse quadro determinador da relação jurídica em debate, há de se acompanhar entendimento jurisprudencial já esposado no âmbito do STJ, em eximir a responsabilidade de sócio quando não lhe é apontada a culpa pelo insucesso da sociedade ou por sua irregular dissolução.

Os pronunciamentos jurisprudenciais abaixo revelados atestam o afirmado:

a) REsp n. 101.597-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 14.4.1997:

‘Tributário. Sociedade limitada. Responsabilidade do sócio pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica (CTN, art. 173, III). Sócio-gerente. Transferência de cotas sem dissolução da sociedade. Responsabilidade do sucessor. CTN, arts. 135 e 136.

I – O sócio e a pessoa jurídica formada por ele são pessoas distintas (Código Civil, art. 20). Um não responde pelas obrigações da outra.

II – Em se tratando de sociedade limitada, a responsabilidade do cotista, por dívidas da pessoa jurídica, restringe-se ao valor do capital ainda não realizado (Decreto n. 3.708/1919 – art. 9^o). Ela desaparece, tão logo se integralize o capital.

III – O CTN, no inciso III do art. 135, impõe responsabilidade – não ao sócio – mas ao gerente, diretor ou equivalente. Assim, sócio-gerente é responsável, não por ser sócio, mas por haver exercido a gerência.

IV – Quando o gerente abandona a sociedade – sem honrar-lhe o débito fiscal – o fato ilícito que o torna responsável não é o atraso de pagamento, mas a dissolução irregular da pessoa jurídica.

V – Não é responsável tributário pelas dívidas da sociedade o sócio-gerente que transferiu suas cotas a terceiros, os quais deram continuidade à empresa.’

b) REsp n. 85.115-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 10.6.1996:

‘Tributário. Execução fiscal. Responsabilidade tributária. Sociedade de responsabilidade limitada. Sócio-gerente. Transferência de cotas sem dissolução da sociedade. CTN, arts. 135 e 136.

I – Não é responsável tributário pelas dívidas da sociedade o sócio-gerente que transferiu regularmente suas cotas a terceiros, continuando, com estes, a empresa.

II – A responsabilidade tributária solidária prevista nos artigos 134 e 135, III, alcança o sócio-gerente que liquidou irregularmente a sociedade limitada. O sócio-gerente responde por ser gerente, não por ser sócio. Ele responde, não pela circunstância de a sociedade estar em débito, mas por haver dissolvido irregularmente a pessoa jurídica.’

O eminente Relator manifestou-se, no julgamento acima referido, do modo seguinte:

‘O tema relativo à responsabilidade solidária do sócio-gerente, por dívidas da pessoa jurídica já foi muito

discutido, em casos de dissolução irregular da sociedade. A propósito, nosso acórdão no REsp n. 69.308-SP, resumido assim:

‘O sócio-gerente que dissolve a sociedade, irregularmente, sem cumprir as obrigações tributárias, é responsável pelo respectivo pagamento (CTN, art. 135, III).’

Reporto-me ao voto com que conduzi a formação do acórdão, nestes termos:

‘O primeiro tema a ser enfrentado relaciona-se com a responsabilidade do sócio-gerente, por dívidas fiscais contraídas pela sociedade irregularmente dissolvida.

Esta questão foi pacificada pelo saudoso Tribunal Federal de Recursos.

O v. acórdão refere-se a acórdão daquela Corte, a dizer (cf. fl. 135):

‘A dissolução da sociedade, se operada irregularmente, desconhecendo-se a destinação de seus bens, transfere aos sócios a responsabilidade pelos tributos devidos, ainda que se cuide de capital por quotas integralizadas.’ (AC n. 68.415, Rel. Min. José Dantas).

O STJ confirma a jurisprudência da antiga Corte Federal. Lembro, a propósito, o acórdão da Segunda Turma, lavrado pelo Ministro José de Jesus Filho, no REsp n. 19.648, nestes termos:

‘I – A jurisprudência de nossos tribunais é copiosa no sentido de que constitui infração à lei, com conseqüente responsabilidade do sócio-gerente pelos débitos fiscais da empresa, como devedor-substituto, a dissolução irregular da sociedade, mediante o desaparecimento da firma que fizera parte.’

A Primeira Turma fixou-se no mesmo entendimento. Veja-se o acórdão no REsp n. 1.846, resumido pelo Min. Garcia Vieira, nestes termos:

‘Os sócios-gerentes ou representantes de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, são pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias, contraídas em nome da sociedade, se agem com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

Age com infração à lei o sócio-gerente que dissolve a sociedade irregularmente, não efetuando os devidos recolhimentos dos impostos.’

O recurso não prospera, quanto a este argumento.

A hipótese que nos é apresentada nestes autos é diferente: o Embargante-varão alienou suas cotas a terceiros, sem dissolver a pessoa jurídica. Assim, a sociedade continuou a existir e operar a empresa, com outros gerentes, por longo tempo após a retirada do Embargante.

A situação é diferente, porque a responsabilidade solidária não é gerada no simples atraso de pagamento. A ilicitude que lhe dá origem é a dissolução irregular da sociedade.

Verificado o abandono da empresa, paralisando-se as atividades da sociedade, caracteriza-se a responsabilidade do gerente (que pode, até, nem ser sócio), pelas dívidas não honradas.

Se o sócio desligou-se regularmente da sociedade, que permaneceu em plena atividade, não há como falar em responsabilidade solidária.’

O meu entendimento segue a linha dos precedentes supra-referidos.

Tenho que a dívida fiscal é da sociedade. O sócio-gerente só responde por ela se ficar provado que agiu com excesso de mandato ou infringência à lei ou ao contrato social. Essa prova há de ser feita pelo Fisco.

No caso concreto em julgamento, o Sócio-embargado desligou-se da sociedade sem que a empresa tenha deixado de continuar a exercer suas atividades.

O voto-condutor do julgamento da apelação expõe detalhadamente a questão (fls. 104/105):

‘Conforme alega a Apelante, o não-recolhimento do imposto na data de vencimento caracteriza infração à legislação tributária. Disso não decorre, no entanto, que automaticamente se deva reconhecer a responsabilidade do sócio-gerente ou diretor por ‘infração à lei’, conforme previsto no art. 135, III, do Código Tributário Nacional. A infração foi praticada, em princípio, pela pessoa jurídica, e o diretor ou gerente só responderá pessoalmente caso tenha praticado atos que violem a lei, contrato social ou estatuto. Entendimento contrário implicaria responsabilizar objetivamente o sócio, de maneira francamente incompatível com os princípios e normas que regem as sociedades.

No caso dos autos, o Apelado era diretor da Executada, sociedade anônima, da qual se retirou antes do ajuizamento da execução. Os débitos se referem à época em que ele ainda ocupava aquela diretoria. Os documentos dos autos, em especial a certidão de fl. 19, esclarecem apenas isso, não havendo nenhuma referência aos poderes e atos que teriam sido praticados pelo Apelado em sua gestão.

É evidente, portanto, que ele não pode ser pessoalmente responsabilizado com base em tão precárias informações. Nada nos autos está a indicar que ele tenha agido de forma dolosa ou culposa, violando a legislação em vigor ou os estatutos da sociedade. Isso não é sequer alegado pela Apelante.

Foi correta, portanto, a sentença ao reconhecer a ilegitimidade passiva do Apelado para a execução. A vasta jurisprudência mencionada nas contra-razões demonstra o acerto de tal entendimento. Para corroborá-lo, cumpre mencionar, ainda, os acórdãos publicados em RT 696/247, Rel. Min. Garcia Vieira, e JTJ 159/65, Relator Desembargador Scarance Fernandes.

Pelo meu voto, nego provimento aos recursos.’

Não ficou demonstrado que o Embargado, embora sócio-administrador, em conjunto com os demais sócios, tenha sido o responsável pelo não-pagamento do tributo no vencimento. Não há como, hoje, após não integrar o quadro social da Empresa, ser responsabilizado.'

As assertivas supradesenvolvidas se amoldam ao caso em apreço.

Assim sendo, estando, hoje, pacificado o assunto no seio jurisprudencial das egrégias Primeira e Segunda Turmas do Superior Tribunal de Justiça, não havendo, portanto, mais dissídio sobre a matéria, em decorrência dos referidos pronunciamentos, cabe-se prover o recurso.

Por tais fundamentações, *dou* provimento ao especial (art. 557, § 1º, do CPC – redação dada pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998, DOU de 18.12.1998).”

Isto posto, nego provimento ao presente agravo regimental.

É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 258.731 – SC

(Registro n. 2000.0045449-4)

Relator: Ministro José Delgado
Embargantes: RP Souza Representações e Comércio Ltda e outros
Advogado: Rúbio Eduardo Geissmann
Embargante: Fazenda Nacional
Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros
Embargados: Os mesmos

EMENTA: Embargos de declaração – Alegativas de existência de omissão e contradição no acórdão recorrido – Reconhecimento do cometimento de contradição apenas quanto à correção da base de cálculo do PIS – Inexistência, contudo, de omissão no que diz respeito aos índices de correção monetária do PIS e à prescrição

qüinqüenal – Embargos de declaração da empresa providos e da Fazenda rejeitados.

1. Devem ser providos embargos de declaração se existe contradição no acórdão. **In casu**, recebe-se os embargos da empresa para que, corrigindo-se a contradição apontada, declarar-se com efeitos modificativos, que: a base de cálculo do PIS não pode sofrer atualização monetária sem que haja previsão legal para tanto. A incidência de correção monetária da base de cálculo do PIS, no regime semestral, não tem amparo legal. A determinação de sua exigência é sempre dependente de lei expressa, de forma que não é dado ao Poder Judiciário aplicá-la, uma vez que não é legislador positivo, sob pena de determinar obrigação para o contribuinte ao arrepio do ordenamento jurídico-tributário.

2. Doutro lado, devem ser rejeitados os embargos de declaração quando inexistente omissão no decisório embargado. A Fazenda acusa de omissão o acórdão por ausência de pronúncia sobre a prescrição qüinqüenal. Ora, em momento algum este tema foi abordado, seja nas razões recursais, seja nas contra-razões ofertadas pela Fazenda-embargante, de maneira que não procede a alegativa feita de que o aresto foi omissão relativamente a tal questão.

3. Embargos declaratórios de RP Souza Representações e Comércio Ltda e outros, providos com efeitos modificativos e embargos declaratórios da Fazenda rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento aos embargos das empresas, com efeitos modificativos e rejeitar os da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 12 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: RP Souza Representações e Comércio Ltda e outros e a Fazenda Nacional apresentam embargos de declaração (fls. 176/181 e fls. 184/185), respectivamente, contra acórdão (fls. 163/174) desta relatoria, assim ementado (fl. 174), **in verbis**:

“Tributário. PIS. Base de cálculo. Semestralidade. Lei Complementar n. 7/1970. Correção monetária. Lei n. 7.691/1988. Recurso conhecido e parcialmente provido.

1. A Primeira Turma desta Corte reconheceu que, sob o regime da Lei Complementar n. 7/1970, o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador do PIS constitui a base de cálculo da incidência.

2. A base de cálculo do PIS deve sofrer atualização até a data do recolhimento. A Lei n. 7.691/1988, em seu art. 1^ª, inciso III, dispôs: ‘Art. 1^ª. Em relação aos fatos geradores que vierem a ocorrer a partir de 1^ª de janeiro de 1989, far-se-á a conversão em quantidade de Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, do valor: III – das contribuições para o Fundo de Investimento Social – Finsocial, para o Programa de Integração Social – PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP, no 3^ª (terceiro) dia do mês subsequente ao do fato gerador’.

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.”

RP Souza Representações e Comércio Ltda e outros alegam o cometimento de contradição pelo v. acórdão embargado porque este, embora reconhecendo que o artigo 6^ª, parágrafo único, da Lei Complementar n. 7/1970 cuida da base de cálculo do PIS, determinou que a mesma deve sofrer atualização monetária nos termos da Lei n. 7.691/1988.

Aduz, em suma, que (fls. 178/179):

“Assim, a decisão ora embargada, a despeito de ter derrubado o argumento sustentado pelo juízo **a quo** de que o parágrafo único do artigo 6^ª da Lei Complementar n. 7/1970 trata de prazo de pagamento, determinou a incidência de correção monetária sobre a base de cálculo, com base na Lei n. 7.691/1988.

Ocorre que a Lei n. 7.691/1988 determina a incidência de correção monetária ‘no 3º (terceiro) dia do mês subsequente ao fato gerador’, como bem destacado na ementa do acórdão embargado.

Ora, se a base de cálculo do PIS, sob a égide da Lei Complementar n. 7/1970, é representada pelo valor do faturamento ocorrido no sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador, a determinação da incidência de correção monetária entre a data da base de cálculo e o recolhimento implica em fazer incidir a correção monetária antes mesmo da ocorrência do fato gerador. Essa circunstância é completamente diversa daquela regulada pela Lei n. 7.691/1988, que determinou a incidência da correção monetária a partir do 3º (terceiro) dia do mês subsequente ao do fato gerador.

Em outras palavras, o que a Lei n. 7.691/1988 determina é a correção monetária do crédito tributário, e não da base de cálculo da hipótese de incidência. O crédito tributário, por óbvio, nasce com a ocorrência, no mundo dos fatos, do fato gerador, e não antes dele.”

Afirma, ainda à fl. 181 que:

“Se fosse válida a interpretação conferida pelo acórdão à Lei n. 7.691/1988, nos artigos 1º e 2º, teríamos que admitir, forçosamente, que referida lei alterou a base de cálculo do PIS, que deixaria de ser, como está redigido no parágrafo único do artigo 6º da Lei Complementar n. 7/1970, o faturamento do sexto mês anterior (a contribuição de julho será calculada com base no faturamento de janeiro, a de agosto com base no faturamento de fevereiro, e, assim, sucessivamente).”

Pugna, com base nesses argumentos, que seja sanada a contradição apontada e providos os embargos com efeitos modificativos, determinando-se a incidência da correção monetária sobre o crédito tributário constituído e não sobre a base de cálculo, nos termos da Lei n. 7.691/1988.

A Fazenda Nacional, por sua vez, opõe embargos declaratórios ao pálio da existência de omissão no decisório embargado.

Afirma que, ao decidir sobre a matéria relativa à interpretação do artigo 6º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 7/1970 e à correção monetária da base de cálculo do PIS, o acórdão não fez referência aos índices de correção monetária da base de cálculo do PIS e à prescrição quinquenal.

Expõe fundamentação singela do seguinte teor (fl. 185):

“Todavia, no Tribunal **a quo** não foram fixados índices de correção monetária da base de cálculo do tributo (fls. 121/122). Assim, resta omissa a parte dispositiva do voto-condutor no que toca aos *índices de correção monetária* a serem utilizados para atualização da base de cálculo do PIS.

Além disso, o aresto embargado não determina a partir de que data pode o contribuinte utilizar-se da base de cálculo do PIS na forma semestral, ou seja, *não houve qualquer menção à prescrição quinquenal.*”

Pede que sejam providos os embargos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Analiso, primeiramente, os declaratórios da Empresa.

Assiste razão aos Embargantes pelo que recebo os embargos e passo a sanar a contradição e omissão apontadas.

Sobre a incidência da correção monetária da base de cálculo do PIS, após rever o meu posicionamento originário, firmei a compreensão que está posta no REsp n. 255.520-RS, julgado em 17.10.2000. O voto assim dispõe:

“Do exame dos pressupostos de admissibilidade recursal, vislumbra-se que o recurso merece ser conhecido pelas alíneas invocadas.

Pretende a Recorrente, por meio da irresignação formulada, ver reconhecido o seu direito de compensação de créditos de PIS com a Cofins, além da declaração de que o parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar n. 7/1970, cuida de base de cálculo e não de prazo de recolhimento. E, em se tratando de base de cálculo, esta não estaria sujeita à correção monetária, já que inexistente previsão legal a respeito.

Em relação à primeira indagação (a compensação do PIS com a Cofins), no entanto, não vejo como prosperar a pretensão recursal.

A compensação pode ser utilizada, nos termos da Lei n. 8.383/1991, somente entre tributos da mesma espécie, isto é, entre os que tiverem a mesma natureza jurídica e uma só destinação orçamentária.

Entretanto, a Cofins enverga espécime diferente e natureza jurídica diversa do PIS, com destinações orçamentárias próprias, não podendo, dessa forma, serem compensados entre si.

Tal entendimento deve-se à nova orientação da Primeira Seção deste colendo Sodalício. Isto porque, embora em confronto com o disposto no art. 12 da Instrução Normativa n. 21, de 10.3.1997 (DOU de 11.3.1997), entendeu em não se admitir a compensação de quantias recolhidas indevidamente a título de tributos de espécies diferentes do provocador do recolhimento.

O citado art. 12 encontra-se assim espelhado:

‘Art. 12. Os créditos de que tratam os arts. 2º e 3º, inclusive quando decorrentes de sentença judicial transitada em julgado, serão utilizados para compensação com débitos do contribuinte, em procedimento de ofício ou a requerimento do interessado.

§ 1º. A compensação será efetuada entre quaisquer tributos ou contribuições sob a administração da SRF, ainda que não sejam da mesma espécie nem tenham a mesma destinação constitucional.’

Com a ressalva do meu ponto de vista, por admitir a compensação em tais situações, acolho o novo posicionamento do referido órgão fracionário desta Casa julgadora.

Em face dessa nova orientação, que tem função uniformizadora em sede de embargos de divergência, não ousou, embora não convenido, contrariar a jurisprudência firmada.

Confira-se, a propósito, recurso de minha relatoria atinente ao tema em comento:

‘Tributário. Compensação. PIS x PIS e Cofins. Art. 66 da Lei n. 8.383/1991. Art. 170 do CTN. Art. 146, III, b, da CF/1988. Redefinição do entendimento da Primeira Seção deste Tribunal.

1. A Primeira Turma do STJ, de modo unânime, vinha assestando que a compensação prevista no art. 66 da Lei n. 8.383/1991, só tem lugar quando, previamente, existe liquidez e certeza do crédito a ser utilizado pelo contribuinte.

2. Crédito líquido e certo, por sua vez, conforme exige o

ordenamento jurídico vigente, é o que tem o seu **quantum** reconhecido pelo devedor. Esse reconhecimento pode ser feito de modo voluntário ou por via judicial.

3. O autolancamento, insito no CTN é atividade vinculada. Só pode ser feito de acordo com as regras fixadas pela norma jurídica positiva. Não há lei autorizando, referente à compensação, que o contribuinte efetue o autolancamento antes de apurar a liquidez e certeza do crédito.

4. O sistema jurídico-tributário trata, de modo igual, situações que impõem relações obrigacionais do mesmo nível. Se, por ocasião da extinção do tributo por meio de pagamento, o devedor é quem apresenta o seu débito como líquido e certo, a fim de ser verificado, posteriormente, pelo credor, o mesmo há de se exigir para a compensação, isto é, a parte-devedora, no caso, o Fisco, deve ser chamada para apurar a certeza e a liquidez do crédito que o contribuinte diz possuir. Tratar de modo diferenciado a compensação, no tocante à liquidez e à certeza do débito, é criar, sem autorização legal, um privilégio para o contribuinte e uma discriminação para a Fazenda Pública.

5. O art. 146, III, letra **b**, da CF, dispõe que somente lei complementar pode tratar de obrigação, lançamento e crédito tributários. O art. 170 do CTN, ao exigir liquidez e certeza para ser efetivada a compensação, é lei complementar. Ainda mais, quando diz que a compensação só pode ser feita nos termos da lei ordinária. Fixa, assim, pressuposto nuclear a ser cumprido pelas partes, não dispensável pela lei ordinária, que é a existência de crédito líquido e certo. A seguir, exige que a lei ordinária autorize a compensação e fixe garantias e o modo da mesma se proceder. O art. 66 da Lei n. 8.383/1991, em consequência, é derivado do art. 170 do CTN. Não criou um novo tipo de compensação. Se o fizesse, não seria acolhido pelo sistema jurídico-tributário, por violar norma hierarquicamente superior.

6. **A priori**, a Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, contudo, por maioria de um voto, entendeu possível a compensação via autolancamento do contribuinte, como no pedido destes autos. Ressalvei o meu ponto de vista, acolhendo o posicionamento da Primeira Seção.

7. Ocorre que, a mesma Primeira Seção, embora em confronto com o disposto no art. 12 da Instrução Normativa n. 21, de 10.3.1997 (DOU de 11.3.1997), entendeu por não admitir a compensação de quantias recolhidas indevidamente a título de tributos, com tributos de espécies diferentes do provocador do recolhimento. Com nova ressalva do meu ponto de vista, por admitir, desta feita, a compensação em tais situações, acolho o novo posicionamento da referida Primeira Seção.

8. *Recurso parcialmente provido, nos termos do voto.* (REsp n. 181.754-CE, Reg. n. 98.0050753-1, julgado em 17.9.1998).

Em referência ao segundo ponto questionado pela Recorrente, registre-se que a controvérsia já foi objeto de manifestação pela Primeira Turma desta Corte, por meio do Recurso Especial n. 240.938-RS, de minha relatoria, recorrente a Fazenda Nacional, cujo acórdão foi publicado no DJU de 10.5.2000. Reconheceu-se, naquele julgamento, que, sob o regime da Lei Complementar n. 7/1970, o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador da contribuição constitui a base de cálculo da incidência. Confira-se o voto-condutor do aresto referido:

‘Remanesce para apreciação e decisão a matéria jurídica decidida pelo Tribunal de origem e estendida ao âmbito do presente recurso especial: a de se definir sobre a base de cálculo da contribuição para o Programa de Integração Social – PIS.

Pretende a Fazenda Nacional desconstituir acórdão onde se reconheceu a semestralidade da referida base de cálculo, alegando para tanto que leis posteriores à Lei Complementar n. 7/1970, alteraram substancialmente seu conteúdo ao proclamarem o faturamento do mês da ocorrência do fato gerador como base para a contribuição.

O denominado ‘PIS’ – Programa de Integração Social – foi instituído pela Lei Complementar n. 7, de 7 de setembro de 1970, com o objetivo de promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento da empresa (art. 1^o).

Tal programa, nos termos do art. 2^o, seria executado mediante um fundo de participação, constituído por depósitos efetuados pelas empresas, de acordo com o prescrito no art. 3^o, em

duas parcelas: a) a primeira, mediante dedução do Imposto de Renda devido, processando-se o seu recolhimento juntamente com o pagamento desse mesmo tributo; b) a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento.

O art. 6º do mesmo diploma, estabeleceu que a efetivação desses depósitos no Fundo, correspondente à contribuição referida na alínea **b** do art. 3º (calculada sobre o faturamento), seria processada mensalmente a partir de 1º de julho de 1971. E o parágrafo único do referido art. 6º prescreveu:

‘A contribuição de julho será calculada com base no faturamento de janeiro; a de agosto, com base no faturamento de fevereiro, e assim sucessivamente.’

Constata-se, portanto, que, sob o regime da Lei Complementar n. 7/1970, o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador da contribuição constitui a base de cálculo da incidência. Atente-se que o fato gerador esgotar-se-ia com o simples decurso dos períodos mensais, sem se confundir com o conceito de base de cálculo (faturamento).

Tal sistema de contribuição, entretanto, sofreu vertiginosas alterações no ano de 1988, com a edição de dois diplomas: o Decreto-Lei n. 2.445, de 29 de junho de 1988, e o Decreto-Lei n. 2.449, de 21 de julho de 1988. Estes determinaram, entre outras pretensões, que as contribuições ao PIS passariam a ser calculadas sobre a receita operacional bruta do mês imediatamente anterior, ao invés do sexto mês anterior.

A respeito, o ilustre jurista **José Eduardo Soares de Melo**, explica¹:

‘A sistemática das contribuições foi alterada a partir de 1.7.1988 (Decretos-Leis n. 2.445, de 29.6.1988, e 2.449, de 21.7.1988), em razão do que passariam a ser calculadas sobre a receita bruta operacional (ao invés de faturamento), considerada como o somatório das receitas que dão origem

1. PIS – Base de Cálculo e Semestralidade, Repertório IOB de Jurisprudência, julho/1998, n. 14/1998, caderno 1, p. 342.

ao lucro operacional, na forma da legislação do imposto sobre a renda, admitidas determinadas exclusões e deduções, fixando-se o prazo de recolhimento até o dia dez do mês subsequente àquele em que forem devidas (art. 1^a, V, § 2^a, I).

Em razão do PIS vir a ser exigido sobre a receita bruta operacional (compreendendo o próprio faturamento, as receitas financeiras resultantes de atividades não operacionais, as variações monetárias), que não tinha exclusiva correspondência com o lucro (única base de cálculo válida – art. 165, V, Emenda n. 1/1969 à Constituição de 1967), seguiram-se diversas contendas judiciais, pacificadas pelo Supremo Tribunal Federal.⁷

Todavia, as alterações pretendidas não vingaram. Impulsionado por uma avalanche de ações movidas pelos contribuintes, o colendo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária do dia 24 de junho de 1993, declarou a inconstitucionalidade integral dos pré-falados decretos-leis ao apreciar o Recurso Extraordinário n. 148.754-RJ, cujo acórdão, lavrado pelo eminente Ministro Francisco Resek e publicado no DJU de 4.3.1994, assim foi ementado:

‘Constitucional. Art. 55, II, da Carta anterior. Contribuição para o PIS. Decretos-Leis n. 2.445 e 2.449, de 1988. Inconstitucionalidade.

I – Contribuição para o PIS: sua estraneidade ao domínio dos tributos e mesmo àquele, mais largo das finanças públicas. Entendimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da EC n. 8/1977 (RTJ 120/1.190).

II – Trato por meio dos Decretos-Leis n. 2.445 e 2.449, de 1988, que pretenderam alterar a sistemática da contribuição para o PIS.’

Conseqüentemente, o Senado Federal, no uso da competência estabelecida pelo inciso X do art. 52 da Constituição Federal de 1988 (‘suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal’) expediu a Resolução n. 49, de 9 de outubro de 1995 (publicada no dia seguinte), nos seguintes termos:

‘Art. 1^o. É suspensa a execução dos Decretos-Leis n. 2.445, de 29 de junho de 1988, e 2.449, de 21 de julho de 1988, declarados inconstitucionais por decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 148.754-2/210-RJ.

Art. 2^o. Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.’

Restaurou-se, desse modo, na íntegra, a sistemática da Lei Complementar n. 7/1970, onde, na linha da interpretação dada à matéria pela Corte Suprema, as empresas têm reconhecido o direito de calcular os valores devidos a título de contribuição ao PIS com base no faturamento do sexto mês anterior.

Inúmeras decisões seguiram-se, tendo o colendo STF mantido expressamente a continuidade dos recolhimentos ao PIS, consoante a determinação da Lei Complementar n. 7/1970:

‘Embargos de declaração.

– Declarada por esta Corte a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n. 2.445/1988 e 2.449/1988, que haviam alterado a base de cálculo e a alíquota do PIS, a cobrança a esse título devida, continuou a sê-lo somente com base na Lei Complementar n. 7/1970 que foi recebida, a respeito, pela atual Constituição (artigo 239 de seu ADCT).

– Embargos de declaração recebidos para modificar-se a conclusão do acórdão embargado.’ (EDcl no RE n. 187.182-DF, Rel. Min. Moreira Alves).

‘Recurso extraordinário. PIS. Empresas sujeitas a recolhimento de contribuição para o Programa de Integração Social – PIS – instituído pela Lei Complementar n. 7, de 1970. Mandado de segurança requerido para não serem obrigadas ao recolhimento. Contribuição para o aludido programa, na forma prevista nos Decretos-Leis n. 2.445 e 2.449, ambos de 1988, que modificavam a base de cálculo, a alíquota e o prazo de recolhimento das contribuições em referência.

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 24.6.1993, no julgamento do RE n. 148.754-RJ, declarou a

inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n. 2.445, de 29.6.1988, e 2.449, de 21.7.1988.

Com base nesse precedente da Corte, o recurso extraordinário das empresas é conhecido e provido, para conceder-se o mandado de segurança.' (RE n. 170.986-PR, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 18.11.1994).

'Recurso extraordinário. Decretos-Leis n. 2.445 e 2.449, ambos de 1988. Alteração da base de cálculo, da alíquota e do prazo de recolhimento da contribuição para o Programa de Integração Social – PIS. Inconstitucionalidade declarada pelo Plenário.

Precedentes.

Recurso extraordinário conhecido e provido.' (RE n. 192.209-PR, Rel. Min. Maurício Corrêa).

'Recurso extraordinário. Decretos-Leis n. 2.445 e 2.449, ambos de 1988. Alteração da base de cálculo, da alíquota e prazo de recolhimento da contribuição para o Programa de Integração Social – PIS. Inconstitucionalidade declarada pelo Plenário.

Precedentes.

Recurso extraordinário conhecido e provido.' (RE n. 151.255-MG, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 10.2.1995).

Até mesmo a Administração Fazendária (Conselho de Contribuintes), seguindo a linha traçada pelo STF, aquiesceu o entendimento pela obrigatoriedade do cálculo ser realizado com base no faturamento do sexto mês anterior. Destaco o Processo n. 10580-008.695/92-21 (DOU de 22.8.1995), citado por **André Martins de Andrade**, em artigo intitulado A Base de Cálculo da Contribuição ao PIS, in Revista Dialética de Direito Tributário n. 1, 1995, p. 13, **verbis**:

'PIS/Faturamento. Decretos-Leis n. 2.445/1988 e 2.449/1988. A declarada inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n. 2.445/1988 e 2.449/1988, conforme decisório do STF, aposto no RE n. 148.754-2, de 24.6.1993, torna exigível o PIS/Faturamento exclusivamente à alíquota e base impositiva fixadas nas Leis Complementares n. 7/1970 e 17/1973.'

Outros: Processo n. 11080.004791/96-27, Recurso n. 11.004, Sétima Câmara do 1^a Conselho, j. 18.4.1997, Acórdão n. 107.04.102; Processo n. 14052-001/91-28, Recurso n. 83.778, Primeira Câmara do 1^a Conselho, j. 7.12.1995, Acórdão n. 101.89.249.

Em contrapartida, imediatamente após a resolução expedida pelo Senado Federal, o Presidente da República editou a Medida Provisória n. 1.212, de 28 de novembro de 1995, que em seu art. 2^a, dispôs expressamente:

‘A contribuição para o PIS/Pasep será apurada mensalmente.’

Essa medida provisória foi convertida na Lei n. 9.715, de 25 de novembro de 1998, que repetiu os mesmos termos do art. 2^a, disciplinando a apuração mensal da base de cálculo da contribuição para o PIS:

‘Art. 2^a. A contribuição para o PIS/Pasep será apurada mensalmente.’

Acrescente-se, a título ilustrativo, que diversas dúvidas foram suscitadas quanto à eficácia dessa medida provisória, porque, segundo muitos juristas, não cumpriu tal medida a sua performance nonagesimal. Porém, não convém ao presente caso penetrar-se na seara de tal debate porque, em primeiro lugar, não é questão que foi argüida em momento algum, e, em segundo lugar, a competência para tal apreciação incumbe ao colendo Supremo Tribunal Federal.

Pincelados tais elementos, passo à análise do argumento fazendário, segundo o qual a interpretação que deve ser emprestada ao teor do parágrafo único do art. 6^a da Lei Complementar n. 7/1970, é o de que o mesmo diz respeito a prazo de recolhimento e não à configuração da base de cálculo do PIS.

Aduz a Fazenda Nacional, em seu apelo especial, que as Leis n. 7.691/1988, 8.019/1990, 8.218/1991, 8.383/1991, 8.850/1994, 9.069/1995, Medida Provisória n. 812/1994 e suas reedições, e Medida Provisória n. 1.212/1995 e suas reedições,

alteraram o prazo de recolhimento da exação em comento, modificando, conseqüentemente, o parágrafo único do art. 6^a da Lei Complementar n. 7/1970.

Verifica-se, da narrativa dos fatos, que a empresa ora recorrida discutiu em juízo (mandado de segurança) a inconstitucionalidade dos pré-falados Decretos-Leis n. 2.445 e 2.449/1988, depositando a totalidade do valor da contribuição do PIS cobrado pela Receita Federal. Reconhecida a cobrança da contribuição nos moldes da Lei Complementar n. 7/1970, apresentou a Impetrante cálculos de acordo com o decidido. Porém, o r. magistrado de 1^a grau determinou a conversão em renda a favor da União, nos termos da planilha por esta apresentada, ou seja, com a inclusão das normas legais posteriores aos indigitados decretos-leis que foram declarados inconstitucionais.

O Tribunal **a quo**, ao apreciar a controvérsia, suscitada via agravo de instrumento, expressamente declarou que as alterações introduzidas pelas Leis n. 8.218/1991 e 8.383/1991 dizem respeito ao prazo de recolhimento da contribuição e não à sua base de cálculo, que continua a ser aquela estabelecida pelo parágrafo único do art. 6^a da Lei Complementar n. 7/1970.

Porém, da própria leitura da legislação apontada pela Recorrente (Leis n. 7.691/1988, 8.019/1990, 8.218/1991, 8.383/1991, 8.850/1994, 9.069/1995 e Medida Provisória n. 812/1994) constatou-se, indubitavelmente, que foram estabelecidas alterações somente no vencimento e na forma de recolhimento do crédito tributário, em nada se modificando a respectiva base de cálculo. A própria Fazenda corrobora desta afirmativa quando expõe à fl. 89:

“– Lei n. 7.691, de 15.12.1988, em seu art. 3^a, III, b, alterou o vencimento do PIS para até o dia dez do terceiro mês subseqüente ao da ocorrência do fato gerador;

– Lei n. 8.019, de 11.4.1990, em seu artigo 5^a, alterou o vencimento do PIS para até o dia cinco do terceiro mês subseqüente ao da ocorrência do fato gerador, a partir de 1.3.1990;

– Lei n. 8.218, de 29.8.1991, que alterou o vencimento do PIS para até o quinto dias útil do mês subseqüente ao de ocorrido o fato gerador;

– Lei n. 8.383, de 30.12.1991, que instituiu a Ufir, em seu artigo 52, inciso IV, alterou o vencimento do PIS para até o dia 20 do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador;

– Lei n. 8.850, de 28.1.1994, em seu art. 2^a, inciso IV, altera o vencimento do PIS para até o quinto dia útil do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador;

– Lei n. 9.069, de 29.6.1995, em seu art. 57, altera o vencimento do PIS para até o último dia útil do primeiro decêndio subsequente ao da ocorrência do fato gerador;

– Medida Provisória n. 812, de 30.12.1994, e suas reedições, que em seu art. 83, III, altera o vencimento do PIS para até o último dia útil da quinzena subsequente ao mês da ocorrência dos fatos geradores a partir de 1.1.1995;

– Medida Provisória n. 1.212, de 28.11.1995, e suas reedições, em seu artigo 2^a, I, mantém a contribuição para o PIS/Pasep mensalmente, com base no faturamento, no percentual de 0,65% (art. 8^a, I).’

Resta somente para apreciação a Medida Provisória n. 1.212/1995 que, conforme já exposto, introduziu significativa alteração, realmente, na própria base de cálculo do PIS.

Podemos concluir que a base de cálculo da contribuição em comento, eleita pela Lei Complementar n. 7/1970, art. 6^a, parágrafo único, permaneceu incólume e em pleno vigor até a edição da Medida Provisória n. 1.212/1995, quando, a partir desta, a base de cálculo do PIS passou a ser considerado ‘o faturamento do mês anterior’ (art. 2^a).

Portanto, da forma como se posicionou, merece ser reformado parcialmente o v. aresto vergastado, pelo que, atendendo-se às respectivas datas dos fatos geradores das contribuições recolhidas pelo contribuinte, sejam considerados os seguintes aspectos:

a) antes da Medida Provisória n. 1.212/1995: a base de cálculo deve ser estabelecida pela Lei Complementar n. 7/1970, art. 6^a, parágrafo único, de forma semestral, segundo a qual: ‘A contribuição de julho será calculada com base no faturamento de janeiro; a de agosto, com base no faturamento de fevereiro, e, assim, sucessivamente’;

b) após a Medida Provisória n. 1.212/1995: a base de cálculo deve ser estabelecida de acordo com o art. 2º, que prevê: 'A contribuição para o PIS/Pasep será apurada mensalmente'.

Isto posto, por não vislumbrar violação ao art. 535, II, do CPC, e consideradas a pretensão da Recorrente e a fundamentação norteadora do comemorado acórdão do Tribunal **a quo**, com base nos fundamentos supradesenvolvidos, dar parcial provimento ao presente recurso especial para os fins elencados nas letras **a** e **b** acima especificadas'.

Por derradeiro, sobeja para exame a questão da integração da correção monetária na base de cálculo do PIS.

O intenso debate instaurado sobre a atualização monetária da base de cálculo da contribuição para o PIS, quando recolhido na forma preconizada pelo parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar n. 7/1970, conduziu-me ao estado de dúvida e, conseqüentemente, provocou a necessidade de rever minhas reflexões e posicionamentos assumidos em julgamentos anteriores sobre a matéria, onde me posicionei pela incidência da correção dos valores sobre os quais a referida espécie tributária incide.

O reestudo da matéria apresentou-se necessário para determinar, de modo jurídico, a minha convicção sobre a atualização monetária ou não da referida base de cálculo, considerando-se as manifestações apresentadas tanto em um sentido como em outro.

O PIS, como está, doutrinária e jurisprudencialmente definido, é um tributo, mais precisamente uma contribuição para a seguridade social que incide sobre o faturamento da empresa.

A sua criação ocorreu com a Lei Complementar n. 7/1970 e, segundo as normas que o regem, incide sobre o faturamento mensal. Este é o critério material da hipótese tributária do PIS.

A base de cálculo é, conseqüentemente, o valor do faturamento mensal da empresa formado pela receita decorrente de vendas de mercadorias e prestações de serviços.

O prazo de pagamento, situação obrigacional que não pode ser posta antes da ocorrência do fato jurídico-tributário, de acordo com a Lei n. 9.065/1995, art. 17, é, atualmente, o do último dia da primeira quinzena subsequente ao mês da ocorrência dos fatos geradores.

Antes da vigência da referida norma, a Lei Complementar n. 7/1970, em seu art. 6º, parágrafo único, estabeleceu que a base de cálculo da contribuição para o PIS era o valor do faturamento do sexto mês anterior.

Essa expressão legal vem, contudo, recebendo críticas da doutrina.

Octávio Campos Fischer, na obra *A Contribuição ao PIS, Dialética*, 1ª ed., SP, 1999, p.p. 172/173, ao analisar o referido dispositivo, revela o seguinte entendimento:

‘Por outro lado, a Lei Complementar n. 7/1970, ao instituir a contribuição em exame, abriu possibilidade de debates em torno do ‘prazo de pagamento ser semestral ou mensal’.

André M. de Andrade defende que o fato gerador e a base de cálculo da contribuição ao PIS distanciam-se em seis meses, de tal sorte que, se o fato gerador ocorreu em julho, a base de cálculo será o faturamento de janeiro, sendo falsa, por sua vez, aquela noção que consagrou o prazo de vencimento de seis meses.

No mesmo sentido, **Aroldo Gomes de Mattos** assevera que:

‘A Lei Complementar n. 7/1970 estabeleceu, com clareza solar e até ofuscante, que a base de cálculo da contribuição para o PIS é o valor do faturamento do sexto mês anterior...’

Todavia, o pensamento desse ilustre autor não merece acolhida. Ao se aceitar que a base de cálculo possa refletir algo diverso do critério material da hipótese de incidência, impõe-se um desvirtuamento do próprio tributo. O binômio ‘hipótese de incidência-base de cálculo’, já foi dito atrás, deve guardar uma perfeita e harmoniosa conjugação entre si, pois uma das principais funções da base de cálculo é, nas lições de **Paulo de Barros**, justamente a de medir as reais proporções do fato. E se isto não ocorrer, verifica-se uma incontornável ofensa ao diploma constitucional.

Nas palavras de **Marçal Justen Filho**, a existência de uma base de cálculo alheia ao fato jurídico-tributário reflete um ‘defeito sintático’ que vai de encontro ao ‘princípio da capacidade

contributiva'. Sim, porque tributar em agosto o faturamento de seis meses atrás seria o mesmo que, v.g., impor como base de cálculo da aquisição de renda de 1998 a renda adquirida em 1996!!! Ademais, seria premiar com efeito retroativo a norma tributária, o que, igualmente, é inadmitido pelo ordenamento pátrio.

A estranheza de tal raciocínio não deixou de ser notada por **José Eduardo Soares de Melo**, para quem:

‘Por essa razão, na medida em que a Lei Complementar n. 7/1970... estipula que ‘a contribuição de julho será calculada com base no faturamento de janeiro; a de agosto, com base no faturamento de fevereiro; e assim por diante’, está significando que a contribuição... de um determinado mês, só será objeto de recolhimento dentro dos 6 (seis) meses seguintes.’

‘Assim, não haveria nenhum sentido lógico-jurídico considerar a venda em um determinado mês (julho/1990), apurando a respectiva base de cálculo de mês totalmente distinto (janeiro/1990).’

Mas, esse ilustre autor, ao que parece, buscou uma solução intermediária para a presente questão. Concluiu no sentido de que, ‘enquanto o art. 3^a, alínea **b**, trata da base de cálculo, como valor das operações; o art. 6^a, parágrafo único, estipula qual a base de cálculo que deve ser considerada para efeito de recolhimento’.

É que o mesmo não concordou com a posição defendida pela Fazenda Nacional, para quem ‘a exegese correta da Lei Complementar n. 7/1970 desautoriza qualquer entendimento que propugne pela existência de um lapso de tempo entre o fato gerador da obrigação e a base de cálculo da contribuição’.

É bem verdade que esse entendimento da União Federal poderia ter sido melhor elaborado e melhor exposto. Há um fértil campo teórico para fortalecê-lo. Assim é que não precisaria ter consignado que o ‘fato gerador é o faturamento’, posição esta já criticada em capítulo anterior.

De qualquer forma, é remansoso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que a base de cálculo só existe, enquanto tal, porque serve de ‘espelho’ para refletir uma das várias facetas do fato jurídico-tributário: a econômica. Trata-se, pois, de um critério

que funciona como instrumento de quantificação do débito tributário. E consentir que ele tome por medida algo diverso do fato que faz nascer a relação jurídico-tributária é dar um perigoso passo rumo à destruição do edifício jurídico-tributário brasileiro.

Deste modo, também propugnando uma leitura harmonizante do texto da Lei Complementar n. 7/1970 com a Constituição de 1988, a única interpretação viável para aquela é a de que a semestralidade se refere à data do recolhimento/prazo de pagamento e não à base de cálculo.'

Não obstante merecer louvores o esforço interpretativo da doutrina que acabo de citar, não me afasto do entendimento posto no REsp n. 240.938-RS, acolhido à unanimidade pela Primeira Turma, no sentido de que a base de cálculo da contribuição em comento, eleita pela Lei Complementar n. 7/1970, art. 6^a, parágrafo único, permaneceu incólume e em pleno vigor até a edição da Medida Provisória n. 1.212/1995, quando, a partir desta, a base de cálculo do PIS passou a ser considerada o faturamento do mês anterior.

Não é dado espaço ao intérprete modificar a vontade legal. A sua função é de extrair o seu significado, a sua extensão e adaptá-la ao ordenamento jurídico no tocante aos princípios constitucionais.

Embora pareça estranho, em sede de boa doutrina tributária, que a base de cálculo do PIS possa expressar algo diferente do 'critério material da hipótese de incidência', bem como que o legislador não tenha respeitado o fenômeno da 'perfeita e harmoniosa conjugação' do binômio hipótese de incidência-base de cálculo; entendo, contudo, não haver ofensa maior aos princípios constitucionais.

A opção do legislador de fixar a base de cálculo do PIS como sendo o valor do faturamento ocorrido no sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador é uma opção política que visa, com absoluta clareza, a beneficiar o contribuinte, especialmente, em regime inflacionário.

O sentido político da norma tributária, desde que não ofenda aos princípios da legalidade, tipicidade, moralidade, capacidade contributiva e igualdade não pode ser deixado sem reconhecimento pelo Poder Judiciário.

Posta a questão nos limites da compreensão acima exposta, resta definir se os valores dessa base de cálculo, considerada como sendo o

faturamento do sexto mês anterior ao do fato gerador, devem ser corrigidos monetariamente.

Não tenho dúvidas na afirmação de que o parágrafo único do art. 6^a da Lei Complementar n. 7/1970, estabelece um dos elementos indispensáveis para o PIS ser exigido das empresas, que é o da fixação da base de cálculo. O referido dispositivo não cuidou de data para pagamento do crédito tributário, haja vista que tal só ocorre após a ocorrência do fato gerador.

Sacha Calmon Navarro Coelho, em parecer ofertado sobre o assunto, opinou:

‘Como fica claro, tanto o diploma acima transcrito quanto as demais leis que sucederam a Lei Complementar n. 7/1970, com a exceção única dos Decretos-Leis n. 2.445/1988 e 2.449/1988, inaplicáveis, posto que inconstitucionais (e da Lei n. 9.718/1998, que abrange período estranho ao processo administrativo movido pela Consulente), tratam exclusivamente de alterar o prazo de recolhimento da contribuição para o PIS, jamais dispendo sobre a sua base de cálculo (as demais Leis são as n. 7.799/1989, 8.019/1990, 8.218/1990, 8.383/1991, 8.850/1994, 9.065/1995 e 9.069/1995).

Quem tratou de base de cálculo foi a Lei Complementar n. 7/1970, bem como os Decretos-Leis n. 2.445 e 2.449/1988, declarados inconstitucionais. Assim, manteve-se inalterada, durante todo o período em que se pretende apurar créditos para compensação (julho de 1988 a setembro de 1995), a base de cálculo prevista no parágrafo único do art. 6^a da multicitada lei complementar.’

Igual entendimento é manifestado por **Paulo de Barros Carvalho**, em parecer onde analisou a questão. Afirma o referido doutrinador:

‘Já vimos, linhas atrás, que a Lei Complementar n. 7/1970 não veiculou prazo de vencimento, mas tão-somente enunciados prescritivos referentes à base de cálculo e ao fato jurídico-tributário, donde se conclui que não há falar-se em revogação do art. 6^a e seu parágrafo único.’

Incide correção monetária sobre os valores dessa base de cálculo, sem que lei expressamente determine essa atualização?

A homenagem devida ao princípio da legalidade tributária exige resposta negativa, por força do resultado agravante que tal correção provocará ao contribuinte, aumentando a carga tributária.

Afirmo, em parágrafo anterior, que, por opção de política tributária, o legislador estatuiu, no parágrafo único do art. 6^a da Lei Complementar n. 7/1970, benefício ao sujeito passivo tributário, permitindo que tomasse como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior da ocorrência do fato gerador do PIS para efeito de calcular o valor devido. A incidência da correção monetária anula, por inteiro, esse benefício fiscal, podendo até provocar o pagamento de PIS a maior do que o realmente devido em razão do fato gerador.

Não teria sentido a disposição da adoção da semestralidade se não buscasse ensejar a possibilidade de ser atenuada a carga tributária da mencionada contribuição. Se assim não pretendesse o legislador, teria feito incidir, no aspecto temporal, a base de cálculo com a data do fato gerador, determinando que ela seria a soma do faturamento diário da empresa, apurado no último dia do mês, data da ocorrência do fato gerador.

Formulo, como exemplo para demonstrar o afirmado, a hipótese seguinte:

a) a empresa X, no final do mês de agosto de 1988, tornou-se sujeito passivo obrigacional do PIS porque, nessa data, ocorreu o fato gerador da contribuição. Por força da lei que a beneficia, não toma para base de cálculo o faturamento total do mês de agosto, que foi de R\$ 100.000,00, porém, o de seis meses antes que também foi de R\$ 100.000,00.

Aplica sobre o valor do faturamento do sexto mês anterior a alíquota do PIS, na base de 0,75%, o que determinará o pagamento de tributo no valor de R\$ 750,00, em moeda de hoje.

A mesma carga tributária seria assumida pelo contribuinte se considerasse, em uma situação de legislação normal que determinasse, no aspecto temporal, harmonização entre o fato gerador e a base de cálculo, o faturamento do mês, isto é, os mesmos R\$ 100.000,00, pagaria idêntico imposto.

Se a base de cálculo do sexto mês anterior for corrigida, haverá um aumento de carga tributária sem lei que autorize e em desconformidade com o propósito do parágrafo único do art. 6^a da Lei Complementar n. 7/1970.

Esses fundamentos conduzem-me ao entendimento, modificando

a minha posição anterior, de que não há incidência de correção monetária sobre a base de cálculo do PIS por, primeiramente, inexistir lei determinando e, em segundo lugar, porque a intenção do legislador foi, expressamente, com a semestralidade, conceder benefício atípico ao contribuinte.

Com razão **Paulo de Barros Carvalho**, ao afirmar em pareceres sobre o assunto o que foi apresentado como memorial:

a) 'Explicando melhor, a base de cálculo projeta-se sobre a mesma porção factual recortada, no suporte fático, pela hipótese tributária, mensurando o acontecimento que sofreu o impacto da incidência. Todo o esforço do legislador há de estar orientado no sentido de promover o perfeito ajuste entre o enunciado mensurador da base de cálculo e a formulação enunciativa, da hipótese. Dito de outro modo, a perspectiva dimensível há de ser uma medida do fato jurídico-tributário, recolhido como tal pela hipótese normativa. Pode ocorrer, e a experiência jurídica está repleta de exemplos, que o fato da base de cálculo recorte, do suporte fático, parcela inferior daquela desenhada pelo fato da hipótese tributária. Sucede que o fato da base de cálculo, como vimos, pode selecionar, dentro da moldura isolada pelo fato da hipótese tributária, percentual que denote apenas alguns de seus fragmentos, não se restringindo a juridicizá-lo em sua integridade conceptual.

Transportando essas noções para o caso concreto, verifica-se que a hipótese tributária e a base de cálculo coincidem, retirando do suporte fático conceito que denota o acontecimento de se auferir receita operacional líquida. O enunciado inserto no artigo 6º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 7/1970, ao dispor que a base imponible terá a grandeza aritmética da receita operacional líquida do sexto mês anterior ao do fato jurídico-tributário, utiliza-se de ficção jurídica que não compromete o perfil estrutural da regra-matriz de incidência nem afronta os princípios constitucionais plasmados na Carta Magna.

Importa consignar, aqui, o perfeito cabimento da construção legislativa. E é válido, nesse sentido, enfatizar que a lei não está retroagindo, no tempo, para surpreender o 'fato gerador' ocorrido no sexto mês que antecede àquele evento tomado como fonte de irradiação dos efeitos tributários. Não. O legislador, utilizando

o poder político de escolha, entre a multiplicidade dos aspectos hábeis para dimensionar as proporções econômicas da ocorrência social, houve por bem de eleger um autêntico fator de medição, que é o faturamento. Agora, que faturamento tomar? O do mês imediatamente anterior? O de três meses atrás? Ou o correspondente a seis meses passados? Por motivos de política tributária, que não nos compete discutir neste espaço, o autor do diploma normativo fez incidir sua vontade decisória naquele último marco de tempo, sem extrapassar os limites do exercício de sua competência constitucional, bem como respeitando as possibilidades lógico-jurídicas que presidem a combinatória da base impositiva com o critério material da hipótese de incidência do tributo.

Mantenhamos presente o asserto de que a contribuição percuta sobre a circunstância de auferir-se receita operacional líquida (faturamento), ao passo que a base de cálculo é o valor do faturamento. Mas, do faturamento de que mês? Do sexto que anteceder ao acontecimento factual. Ora, a compatibilidade entre o fator de dimensionamento e a conduta objeto de medição é clara e insofismável: a exação incide na ocorrência de produzir receita operacional líquida e a base escolhida foi o valor do faturamento apresentado em determinado período. Eis a base de cálculo confirmando o critério material da hipótese tributária e cumprindo, com rigor, suas funções comparativa, mensuradora e objetiva, esta última compartilhada com o percentual estipulado em lei para fazer as vezes de alíquota’;

b) ‘A correção monetária representa a atualização do valor da dívida, tendo em vista a desvalorização da moeda, em regime político-jurídico onde atua o problema inflacionário. O valor aquisitivo do dinheiro é corrigido, periodicamente, de acordo com índices estimativos, de modo que, em qualquer tempo, é possível saber-se da expressão econômica do débito em relação a determinado período. Infere-se do exposto que, enquanto não ocorrer o fato jurídico-tributário não podemos falar em débito, ou qualquer valor definitivo a ser pago a título de contribuição. Ora, se o fato jurídico-tributário da contribuição ao PIS terá por perspectiva mensurável a compostura aritmética do faturamento do sexto mês anterior, não se pode falar em incidência de correção monetária. Sobremais, para o Direito, o montante representado pela correção faz parte do próprio objeto prestacional, vale dizer,

tem a mesma natureza dele. Desse modo, em se tratando de correção monetária incidente sobre valor relativo à base de cálculo de tributo, a quantia representada pela correção terá a natureza jurídica de base imponible, e, portanto, somente poderia ser admitida se veiculada por meio de lei.

Não há, porém, na Lei Complementar n. 7, de 7 de setembro de 1970, qualquer preceito determinando a incidência da correção monetária sobre o valor da base de cálculo do PIS, de sorte que deve ser adotado seu valor nominal. O comando legal de que cuidamos não permite interpretação em outro sentido, como se pode verificar até mesmo na literalidade do dispositivo: 'a contribuição de julho será calculada com base no faturamento de fevereiro, e, assim, sucessivamente', aliada aquel'outros princípios constitucionais que regem a matéria tributária. A contribuição, convém reiterar, é a do próprio mês e não a de 6 meses atrás – o critério temporal, como vimos, ocorre no mês do recolhimento e reporta-se ao faturamento de 6 meses anteriores. Ora, se os contribuintes não estavam obrigados a recolher e atualizar a base de cálculo por ocasião de seus recolhimentos, como estabelecer regra diversa? Aliás, a Procuradoria da Fazenda Nacional reconhece a inexistência de previsão legal para tal indexação, como se denota do item 11 do Parecer n. 437/1998, que enuncia ser '(...) verdade que a lei complementar não cuidou da aplicação da correção monetária no período compreendido entre o fato gerador e o pagamento da exação (...)’.

A jurisprudência administrativa e judicial vem se firmando no mesmo sentido, como se vê na ementa de acórdão a seguir transcrita:

‘Tributário. Compensação de tributos. Pedido. A compensação de tributos pressupõe a existência de crédito reconhecido pela Administração ou pela via judicial. Nesta hipótese, pode-se pleiteá-lo desde logo ou pedir a repetição de indébito, utilizando a sentença como título comprobatório do crédito. Lei n. 8.383/1991. Requisitos. PIS. Decretos-Leis n. 2.445/1988 e 2.449/1988, Lei Complementar n. 7/1970. Os valores recolhidos na forma dos Decretos-Leis n. 2.445/1988 e 2.449/1988 são indevidos, e o que foi pago a tal título, depois de corrigido monetariamente, desde o recolhimento, pode ser compensado com os valores devidos a

título de PIS, na forma das Leis Complementares n. 7/1970 e 17/1973.

Índices de correção monetária. IPC. Súmula n. 32-TRF 4ª Região. No cálculo de liquidação de débito judicial, a correção monetária do período de março de 1990 e fevereiro de 1991, aplicável o IPC de março a dezembro 1991, o INPC, depois disso, a Ufir, ressaltando-se que o índice correspondente a janeiro de 1989 é de 42,72% (quarenta e dois vírgula setenta e dois por cento) e o de fevereiro do mesmo ano é de 10,14% (dez vírgula quatorze por cento). (TRF 4ª Região – Ac. n. 4069217, de 7.5.1996)'.
'

Sendo assim, o cálculo dos valores referentes ao PIS deve levar em conta o valor nominal do faturamento do sexto mês anterior ao do fato jurídico-tributário, sem aplicação de qualquer índice de correção monetária. Por conseqüência, o valor pago indevidamente – já reconhecido pelo STF – deve ser devolvido ao contribuinte atualizado aos dias que correm, sob pena de ofender o princípio da isonomia, alicerce do sistema tributário.'

Sacha Calmon Navarro defende, também, em parecer ofertado como memorial, a não-incidência da correção monetária da base de cálculo semestral do PIS.

Eis o que escreveu:

'Com efeito, é sabido que a correção monetária dos tributos somente é devida se e na forma em que prevista em lei.

Sabido ainda é que, na generalidade dos casos, não institui o legislador correção monetária da base de cálculo do tributo antes do transcurso do prazo para seu pagamento tempestivo. Assim, se o fato gerador do ICMS ocorre no dia 5 de um mês (ex.: venda por R\$ 80,00), e o prazo de pagamento se encerra no dia 15 do mês seguinte, não há falar, até esse momento em correção monetária do valor devido (i.e.) o produto de R\$ 80,00 pela alíquota de incidência), por mais alta que seja a inflação do período. Atentos a essa realidade, vários setores da economia (supermercados, v.g.), nas quadras de inflação galopante, procuravam estimular as vendas no início do mês (com promoções) e concentravam as compras em seu período final, de modo a que seus

débitos se corroessem mais do que seus créditos pela desvalorização da moeda, e houvesse menos diferença a pagar em dinheiro.

Consagrando a necessidade de previsão legal expressa e testemunhando a íntima ligação entre correção monetária e atraso no pagamento (embora seja assente que aquela não constitui sanção deste), o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal:

‘Recurso extraordinário. Tributário. ICMS. Correção monetária dos débitos fiscais e inexistência de previsão legal para atualização do crédito tributário. Alegação de ofensa aos princípios da isonomia e da não-cumulatividade. Improcedência.

1. Crédito de ICMS. Natureza meramente contábil. Operação escritural, razão porque não pode pretender a aplicação do instituto da correção monetária.

2. A correção monetária do crédito do ICMS, por não estar prevista na legislação estadual, não pode ser deferida pelo Judiciário sob pena de substituir-se o legislador estadual em matéria de sua estrita competência.

3. Alegação de ofensa aos princípios da isonomia e não-cumulatividade. Improcedência. Se a legislação estadual só previa a correção monetária dos débitos tributários e vedava a atualização dos créditos, não há que se falar em tratamento desigual a situações equivalentes.

3.1. A correção monetária incide sobre o débito tributário devidamente constituído ou quando recolhido em atraso. Diferencia-se do crédito escritural – técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos, a fim de fazer valer o princípio da não-cumulatividade’. (STF, Segunda Turma, RE n. 205.453-SP, in DJ de 27.2.1998, p. 22, Rel. Min. Maurício Corrêa, unânime).

Já se disse acima, contudo, que a correção monetária não é modalidade de sanção moratória, o que torna possível – apesar da tradição em contrário de nosso Direito – a sua exigência mesmo antes do vencimento do tributo, desde que expressamente prevista em lei.

Dá-se que – a despeito do que registrou a Primeira Turma

do STJ no aresto que abre o presente item – o art. 1^o, III, da Lei n. 7.691/1988 não determina a correção da base de cálculo do PIS no período que medeia entre a sua exteriorização (6^o mês anterior) e a ocorrência do fato gerador (ou o pagamento tempestivo da contribuição). Reveja-se a sua redação:

‘Art. 1^o. Em relação aos fatos geradores que vierem a ocorrer a partir de 1^o de janeiro de 1989, far-se-á a conversão em quantidade de Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, do valor:

(...)

III – das contribuições para o Fundo de Investimento Social – Finsocial, para o Programa de Integração Social – PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – Pasep, no 3^o (terceiro) dia do mês subsequente ao do fato gerador.’

O que aí se determina é a atualização do valor do tributo, após a ocorrência do fato gerador (que antes deste não há ainda falar em tributo), e não retroativamente ao 6^o mês anterior a este (momento da exteriorização da base de cálculo). É no 3^o dia do mês seguinte ao do fato gerador que se dá a conversão do **quantum debeatur** em OTN, e que se o submete à variação desta. Antes disso, não há falar – nos termos do diploma em comento – em qualquer correção.

À mesma conclusão chegam **Liliane Neto Barroso** e **João Caetano Muzzi Filho**:

‘Sem norma legal definidora de critérios para correção da base, correção não há, e aqui se faz necessário parêntesis em relação ao tema da correção monetária. Isto porque não se pode confundir a inexistência de previsão de correção de base com a necessidade de utilização do instituto para fins de manutenção do poder de compra de moeda. Uma coisa é o legislador, através de sua soberana atividade, optar por não prever a incidência de correção monetária no ato de arrecadar determinado tributo. Outra, bem diferente, é o Fisco, na hipótese de devolução (lato) de tributo indevidamente já pago, ou mesmo o contribuinte, na hipótese de pagamento

a destempo, se recusar a recompor o poder de compra da moeda.

No primeiro caso, o legislador não previu, porque assim não consignou, a correção monetária no ato de arrecadar, não podendo a mesma ser exigida (arts. 5^ª, II, e 150, I, da CF/1988). Já no segundo existiu um recolhimento que, por diversos motivos, há de retornar/ingressar ao patrimônio do contribuinte/Fisco, e neste caso entender não devida a correção é entender pela possibilidade de usurpação do patrimônio e enriquecimento sem causa.

Neste segundo caso, a exigência fiscal com a realização da hipótese já ocorreu, e por um motivo qualquer aquele recolhimento foi reconhecido indevido, estando o Fisco a 'devolver' aquilo que nunca deveria ter estado em seus cofres (ou na hipótese de recolhimento a destempo, estando a exigir do contribuinte o tributo na mesma proporção monetária em que devido tempos atrás). No caso presente, o legislador não constou a necessidade de correção, eis que não a entendeu cabível, sendo questão de soberania da atividade legislativa na definição dos aspectos estruturais de determinado tributo, desde que dentro de seu campo de competência e respeitados os limites legais.

Da mesma forma que é devida a correção monetária na repetição do indébito, o é no recolhimento a ser efetuado pelo contribuinte a destempo, após vencida e exigível a obrigação, nenhuma das duas hipóteses assemelháveis à presente, eis que na hipótese vertente o legislador não consignou dita previsão sem antes se alcançar seu termo de exigência do tributo.

Neste sentido que o tributo permaneceu, durante todo este período, e até o advento de medida provisória superveniente, tendo como base o faturamento do sexto mês subsequente à ocorrência do fato gerador, não aludindo a legislação reguladora a qualquer critério concernente à correção da base.' (Breve Nota Acerca da Semestralidade do PIS, in Revista da ABDT n. 5/6, p. 340).'

Considero, outrossim, que, na situação analisada, a incidência da correção monetária não refletirá simples atualização da moeda. Ela acarretará aumento de carga tributária, sem lei expressa autorizando.

É de se acrescentar que, ao apreciar a SS n. 1.853-DF, o Ex.^{mo} Sr. Ministro Carlos Velloso, Presidente do STF, ressaltou que ‘A jurisprudência do STF tem-se posicionado no sentido de que a correção monetária, em matéria fiscal, é sempre dependente de lei que a preveja, não sendo facultado ao Poder Judiciário aplicá-la onde a lei não determina, sob pena de substituir-se ao legislador (RE n. 234.003-RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 19.5.2000)’.

Diante do exposto, modificando posicionamento anteriormente assumido, entendo que a incidência de correção monetária da base de cálculo do PIS, no regime semestral, não tem amparo legal. A determinação da sua exigência é sempre dependente de lei expressa, pelo que não é dado ao Poder Judiciário aplicá-la, uma vez que não é legislador positivo, sob pena de determinar obrigação para o contribuinte ao arrepio do ordenamento jurídico-tributário.

Registro que essa minha nova concepção do tema em debate foi amplamente influenciada pelas razões do voto proferido pelo eminente Ministro Milton Luiz Pereira, que defende a linha de orientação a qual agora me acosto.

Por último, lembro que, segundo penso, não cabe invocação do art. 97, § 2^a, do CTN, para a aplicação da correção monetária.

Como demonstrado, no caso, a atualização da base de cálculo, conforme exemplo apresentado, importa em majoração real do tributo.

O art. 97, § 2^a, se refere a valor monetário atualizado, isto é, aquele que não provoca aumento de carga tributária.

No particular, sigo a lição abaixo transcrita:

‘Da mesma forma a majoração e a redução dependem de lei do Poder competente.

As perplexidades em que se tem enredada a doutrina, bem assim alguns julgados, decorrem de equivocada interpretação do art. 97.

O § 2^a está voltado para o legislador ordinário, advertindo-o de que a mera variação monetária, a alteração do valor monetário da base de cálculo, refoge ao princípio da legalidade.

Sobre esse dispositivo **Ayres Fernandino Barreto** tece alguns comentários:

‘O Código Tributário Nacional autoriza a atualização periódica dos valores constantes nos referidos mapas (art. 97, § 2^a). Tais atualizações não podem ser vistas como majoração do tributo porque, se os valores venais são mutáveis no tempo e, de acordo com fatores vários e variáveis, os preços de mercado atualizam-se ou deterioram-se, nada mais lógico que o Fisco acompanhe as referidas mutações. Impedir se efetivem, seria o mesmo que vedar se impusessem as alíquotas do ICM ou ISS sobre o preço corrente das mercadorias ou dos serviços prestados, mantendo-se a tributação com base nos preços de exercícios anteriores’.

Os preceptivos mencionados mereceram comentários do Ministro Xavier de Albuquerque, que leciona:

‘Entendo que, quando o Código Tributário, no art. 97, § 2^a, se refere a valor monetário, não quer significar outra coisa senão o valor em dinheiro do bem que representa ou exprime a base de cálculo. As disposições que foram cotejadas com essa, para corroborarem, por interpretação sistemática, a conclusão propugnada pela maioria, eu as tomo, **data venia**, noutro sentido, e as destino a outros fins. Por exemplo, o art. 97, § 1^a, do mesmo Código, dispõe o seguinte: Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso’ (RE n. 87.763-PI – Tribunal Pleno).

Definição do fato gerador, base de cálculo e alíquota: o Poder competente, quando da instituição do tributo, deverá definir o fato gerador e a base de cálculo pautados no Código Tributário Nacional e demais direcionamentos legais. Assim, por força do princípio da legalidade tributária, exige-se que a lei formal determine todos os elementos constitutivos da obrigação tributária. Uma lei que institui um tributo não pode deixar ao critério da Administração Pública a diferenciação objetiva, ela própria tem de realizar a diferenciação. É neste sentido que **Amílcar Falcão** afirma: ‘Definir, caracterizar, conceituar por lei o fato gerador do tributo é, entretanto, um dos aspectos mais relevantes do chamado princípio da legalidade dos tributos, ou da reserva da lei em matéria tributária’.

Sem essa previsão ou definição legal do fato gerador, em todos os seus aspectos, não nascerá nenhuma obrigação tributária. Os fatos da vida real, de natureza econômica, somente se tornam relevantes para o Direito Tributário, dando origem ao nascimento de uma obrigação, quando correspondem aos fatos geradores descritos em lei. Portanto, sem definição em lei não há fato gerador, sem ocorrência do fato gerador, não há obrigação tributária.

Sendo a base de cálculo a definição legal da unidade de medida, constitutiva do padrão de referência a ser observado na quantificação financeira dos fatos tributários, segue-se a mensuração dos fatos tributários, à luz dos critérios dados pela lei. 'É a Administração Pública que, com observância dos critérios abstratos fixados pela lei, ao conceituar a base de cálculo, investiga cada fato tributário e aplica esses critérios ao caso concreto.

Se a base de cálculo tem, por função, entre outras, permitir a quantificação da obrigação tributária, se ela é designada e aceita como sendo o elemento de quantificação financeira do tributo, é só e exclusivamente através do valor que se pode chegar ao montante de dinheiro a ser entregue ao Estado.

Importante verificar que em matéria tributária, a agressão ao princípio da capacidade contributiva é mais facilmente sentida pela inadequação da base de cálculo. Seja pelo não-cabimento do fato tomado como elemento de desigualdade, seja porque a Constituição repugna que fatos (conceitos) nitidamente diferentes, especialmente do ponto de vista valorativo, possam ser medidos de maneira idêntica'. (**Maria de Fátima Ribeiro**, in Comentários ao CTN, Ed. Forense, 3ª ed., p.p. 197/204, ao comentar o art. 97 do CTN).

Isto posto, *dou provimento* ao recurso."

Em face do exposto, os embargos da Empresa merecem ser providos para, esclarecendo-se a contradição apontada, declarar-se com efeitos modificativos, que não incide correção monetária sobre a base de cálculo do PIS, passando o recurso especial em exame a ser considerado como conhecido e provido.

Perquiro, agora, dos embargos fazendários.

A Fazenda acusa de omissão o decisório embargado por ausência de pronúncia sobre quais índices de correção monetária deverão incidir sobre a base de cálculo e sobre a prescrição quinquenal.

Relativamente à correção monetária da base de cálculo do PIS, o decisório embargado assim se pronunciou (fls. 170/171), **in fine**:

“(…)

Por último, examino a questão da integração da correção monetária na base de cálculo do PIS.

Neste ponto, tenho que a pretensão recursal não alcança êxito, merecendo ser mantido o v. aresto de 2º grau, pois como bem ressaltado na sentença monocrática ‘... o cômputo da correção monetária da base de cálculo não é um **plus** que se oferta ao credor, tampouco pena que se acoi-ma ao devedor. É apenas mecanismo de manutenção do poder aquisitivo da moeda empregado para evitar o enriquecimento sem causa’.

Assim, entendo devida a atualização monetária, tendo em vista o longo prazo entre a data da base de cálculo e o recolhimento da obrigação tributária, o que, em regime inflacionário, acarreta significativa diminuição do valor real da contribuição, a beneficiar unicamente o contribuinte, e que deve ser corrigido pela indexação.

Inúmeros são os precedentes desta Corte na linha de que a atualização monetária não se constitui em um **plus**, mas, tão-somente, a reposição do valor real da moeda, corroída por tormentosa inflação. Neste aspecto, merece ser mantido o v. acórdão recorrido.

A Lei n. 7.691, de 15 de dezembro de 1988, em seu art. 1º, inciso III, expressamente dispõe:

‘Art. 1º. Em relação aos fatos geradores que vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1989, far-se-á a conversão em quantidade de Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, do valor:

III – das contribuições para o Fundo de Investimento Social – Finsocial, para o Programa de Integração Social – PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – Pasep, no 3º (terceiro) dia do mês.

(...)”

Quanto à ausência de pronúncia sobre a prescrição quinquenal, deve

se assinalar que, em momento algum, este tema foi abordado, de maneira que não procede a alegativa feita de que o aresto foi omissivo relativamente a tal questão.

Nem mesmo em sede de contra-razões ofertadas, tal questão foi levantada pela Fazenda Nacional que apresentou impugnação assim elaborada:

1. inversamente à tese defendida pela Autora, o parágrafo único do artigo 6º da Lei Complementar n. 7/1970, diz respeito ao prazo de recolhimento do PIS e não à sua base de cálculo, pois “sustentar que a base de cálculo seja o faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador é o mesmo que dizer que o fato gerador ocorre somente seis meses após a ocorrência do faturamento, um absurdo. O parágrafo único do artigo 6º da Lei Complementar n. 7/1970 corresponde ao prazo para recolhimento do PIS e não à fixação de sua base de cálculo”.

2. “estabelecido que o parágrafo único do artigo 6º da Lei Complementar n. 7/1970 é concernente ao prazo de recolhimento e que o referido prazo foi alterado pelas Leis n. 7.691/1988, 7.999/1989, 8.019/1990, 8.218/1991 e 9.065/1995, passou-se a recolher o PIS imediatamente à ocorrência do fato gerador, de forma que acontecendo o faturamento em um mês, no outro deve ser recolhido o PIS com base no faturamento do mês anterior”;

3. “A Lei n. 7.691/1988 que dispôs sobre o pagamento de tributos e contribuições federais e outras providências determinou a conversão em OTN – atualização monetária –, do valor devido em face dos fatos geradores ocorridos a partir da data ali estabelecida, não excluindo o PIS, de forma que a base de cálculo deve ser corrigida monetariamente”.

A Embargante fazendária está a suscitar matéria nova, antes não apreciada nos presentes autos, o que não é possível em sede de embargos de declaração.

Posto isto, dou provimento aos embargos declaratórios de RP Souza Representações e Comércio Ltda, e rejeito os da Fazenda Nacional.

É como voto.

MEDIDA CAUTELAR N. 3.649 – AM
(Registro n. 2001.0037548-0)

Relator: Ministro Garcia Vieira

Requerente: Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários de Manaus
Advogados: Dilson Gonzaga Barbosa e outro
Requerida: Junta Governativa
Advogados: Luce Elaine Bento de Andrade e outros

EMENTA: Processual Civil – Medida cautelar – Suspensão dos efeitos de decisão judicial prolatada por desembargador – Concessiva de efeito suspensivo a agravo – Impossibilidade – Via inadequada – Ausência de **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** – Improcedência da cautelar.

Não cabe medida cautelar para suspender os efeitos de ato judicial, prolatado por Desembargador de Tribunal Estadual, concedendo efeito suspensivo a agravo, por inexistir, nesta fase processual, possibilidade de interposição de recurso, perante este STJ, contra a decisão impugnada.

Inocorrência, na espécie, dos pressupostos indispensáveis à concessão da medida acautelatória.

Medida cautelar improcedente.

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, julgar improcedente o pedido cautelar, 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, 21 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 27.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: O Sindicato dos Trabalhadores em

Transportes Rodoviários de Manaus propôs ação cautelar inominada, cumulada com pedido de liminar, em face da Junta Governativa do referido sindicato, visando a “suspender os efeitos do ato injusto e ilegal, feridor de direito líquido e certo do autor, presente no ato emanado pelo Ex.^{mo} Sr. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, que concedeu efeito suspensivo a recurso de agravo, contrariando a lei e criando situação tumultuária de danos irreparáveis.” (fl. 2).

Segundo sustenta o Requerente, o ilustre Desembargador, “sem a menor cautela que o caso requeria”, nos autos de outra ação cautelar, “concedeu efeito suspensivo ao agravo, reintegrando a suposta Junta Governativa, tornou sem efeito o despacho do juízo **a quo** que revogou a liminar, sob a mera alegação de que não foi a eleição autêntica, portanto, não havia motivo fático e legal para a reconsideração da decisão anterior emanada pelo juízo primário”. (fl. 3).

Aduz, de outra parte, que o nobre julgador, ao arrepio da lei, concedeu efeito suspensivo a agravo interposto pela Requerida, afastando a Diretoria democraticamente eleita pela vontade da categoria. Aponta, ainda, várias irregularidades que teriam sido cometidas pela Junta Governativa e seu Presidente, além de demonstrar a regularidade do pleito, postulando, ao final, “a concessão de liminar, suspendendo **in totum** os efeitos do despacho concedido no agravo de instrumento, determinando a convalidação da decisão primária que revogou a liminar concedida na ação movida pelos Requerentes” (fl. 17).

Indeferida a liminar (fls. 142/143) e citado o Requerido, foi apresentada defesa por este às fls. 149/156.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, conforme foi visto, pretende o Requerente que seja concedida medida cautelar, a fim de suspender, no âmbito do Tribunal **a quo**, os efeitos do despacho proferido na apreciação de agravo de instrumento, restabelecendo-se decisão anteriormente adotada pelo juízo de 1^o grau.

Já no exame prévio da liminar, antecipei ser juridicamente inadmissível a concessão da medida acautelatória, por isso que ao STJ falece competência para suspender totalmente os efeitos de despacho prolatado em agravo de instrumento pelo Tribunal local, sem que haja a possibilidade de

viabilização de qualquer recurso, perante esta Corte, contra a decisão ora impugnada. Se por ventura fosse atendido o pedido do Requerente, consumir-se-ia usurpação de competência do Tribunal **a quo**, mesmo porque é o próprio Requerente quem afirma que “para dirimir o caso em tela, a nossa legislação não aventou qualquer tipo de recurso, motivo porque *presentes os pressupostos* concessivos da cautelar **inaudita altera pars**, ou seja, o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, deve o julgador concedê-la, sob pena de causar danos irreparáveis para parte prejudicada”. (fl. 13).

Dessarte, estou convencido de que a via processual eleita pelo Requerente é inadequada para atingir o objetivo almejado, porquanto o STJ não detém a competência para declarar ineficaz decisão proferida no âmbito do Tribunal local e que ainda não pode ser objeto de recurso junto a esta Corte.

Inexiste, assim, qualquer perspectiva de cabimento de recurso especial contra a decisão monocrática ora hostilizada, sendo inimaginável a possibilidade de conferir, na hipótese, efeito suspensivo.

Ante o exposto, julgo improcedente a presente medida cautelar e condeno o Requerente aos honorários de advogado de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.173 – SP

(Registro n. 99.0081195-0)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Guaporé Veículos e Autos Peças S/A
Advogados: Luiz Eduardo de Castilho Giroto e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Impetrado: Juízo de Direito do Ofício das Execuções Fiscais Estaduais de São Paulo
Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Guilherme Leguth Neto e outros
Sustentação oral: Luiz Eduardo Giroto (pela recorrente)

EMENTA: Processual – Mandado de segurança – Deserção – Preparo – Impugnação do valor – Agravo retido – Inutilidade (CPC, art. 523, § 4º) – Cabimento da segurança.

– Cabe mandado de segurança contra decisão que declara deserta apelação. É que, em sendo posterior à sentença, essa decisão, em tese, expõe-se a agravo retido (CPC, art. 523, § 4º). Tal recurso, entretanto, resulta inútil, porque seu julgamento somente ocorreria quando o Tribunal **ad quem** fosse apreciar a apelação abortada. Vale dizer: jamais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os 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 Milton Luiz Pereira, José Delgado, Francisco Falcão e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 5 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 17.9.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Adoto o relatório que orientou a formação do v. acórdão recorrido, nestas palavras (160/161):

“Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato judicial reproduzido às fls. 119/121, que em autos de execução fiscal julgada extinta em face da desistência da Exequente, indeferiu o pedido da Executada de que as custas de preparo de apelação fossem calculadas em 20% sobre o valor da causa ou, ao menos, que dispensasse o seu recolhimento, diferindo-o para final.

O alegado ato coator que a Impetrante pretende afastar constituiu-se na imposição imediata e total do pagamento das custas relativas ao preparo da apelação, fixada no montante de R\$ 82.320,96. Sustenta

que tem direito líquido e certo de interpor o recurso, recolhendo as custas com base no máximo da condenação pretendida (verba honorária de 20% sobre o valor da causa), ou, ao menos, que seja dispensado o seu recolhimento, diferindo-o para final. Alega violação aos princípios constitucionais do livre acesso à Justiça, do contraditório e da ampla defesa (art. 5^ª, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal). Por outro lado, argumenta, ainda que se entendesse que as custas são devidas sobre a integralidade do valor da causa, deveriam ser recolhidas ao final, haja vista a impossibilidade de fazê-lo imediatamente em decorrência de seu alto valor, conforme dispõe o § 4^º, inciso V, art. 4^º da Lei n. 4.952/1985.

A medida liminar foi deferida por r. despacho da 4^ª Vice-Presidência do Tribunal (fl. 2), sendo prestadas as informações de fls. 104/107.”

O Relator observa que a “decisão homologatória da desistência da execução fiscal deixou de impor condenação a despesas processuais e honorários advocatícios, ao fundamento de que não houve a oposição de embargos do devedor”.

Continua o relatório:

“A Executada peticionou ao Juízo afirmando que pretendia apelar visando à condenação da Exeqüente a honorários de 20% do valor da causa, assim como o ressarcimento das custas e despesas processuais efetuadas, aduzindo mais que, em face do valor atribuído à causa (R\$ 11.868.276,33), o montante do preparo era exorbitante (R\$ 82.320,96), estando impossibilitada de efetuar o recolhimento, daí requerendo fossem calculadas com base no pedido contido na apelação, ou seja, 20% sobre o valor da causa, ou que seu recolhimento fosse diferido para final.”

O recurso foi indeferido, porque a Impetrante carecia de direito à segurança:

a) o ato impugnado expunha-se a agravo de instrumento;

b) não se comprovou o manejo de apelação. Nessa circunstância, inda que se lhe reconhecesse direito ao recolhimento de custas, “na forma pleiteada, a ordem seria inócua, diante da não-interposição do apelo, no prazo

legal, que não se interrompe ou suspende com o ajuizamento do *writ*". (fl. 163).

Houve um voto-vencido, concedendo a segurança. A Impetrante opôs embargos declaratórios. Foram, entretanto, rejeitados.

O Impetrante manejou recurso ordinário. O Ministério Público Federal, em parecer lançado pelo eminente Subprocurador-Geral da República Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, recomenda o desprovemento.

Este, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Afasto, **data venia**, o argumento de que a não-interposição do apelo reduziu à inutilidade eventual concessão da segurança. Em verdade, discute-se o valor a ser recolhido como preparo da apelação. No ato impugnado, o juiz exige o recolhimento de pequena fortuna: R\$ 82.320,96. De sua parte, a Impetrante – afirmando não dispor de tanto dinheiro – pede que se tome como base de cálculo o valor da lide remanescente. Ora, atualmente o preparo constitui um pressuposto do recurso (CPC, art. 511). Sem conhecer o valor a ser recolhido a esse título, a parte não pode apelar. Na hipótese, se a segurança vier a ser concedida, não haverá inutilidade. Simplesmente, a partir da constatação de que o valor exigido pelo juiz está errado, constata-se o impedimento judicial e se reabre o prazo de apelação.

Feita essa observação, peço vênias para transcrever o primoroso voto-vencido, no qual o eminente Desembargador Ricardo Lewandowsky justificou a concessão da segurança. Ei-lo:

“Em que pesem as substanciosas ponderações em contrário, ousou discordar da douta maioria, porque entendo que, no caso, a Impetrante não tinha mesmo outro recurso, que não o mandado de segurança, à disposição para a salvaguarda de seu direito constitucional de acesso à Justiça, o qual, como se sabe, compreende a possibilidade de submissão das demandas ao duplo grau de jurisdição.

Com efeito, sentindo-se a Impetrante prejudicada pela decisão de 1ª instância que, homologando desistência de execução fiscal, deixou de impor condenação às custas processuais e a honorários advocatícios, resolveu ela interpor recurso de apelação.

Diante do valor atribuído à causa, qual seja, R\$ 11.868.276,33, viu-se a Impetrante na contingência de pagar a considerável importância de R\$ 82.320,96, a título de preparo, para poder apelar, não obstante fosse sensivelmente menor a quantia que pretendia debater em sede recursal.

Alegando estar impossibilitada de pagar tal importância, a Impetrante requereu ao juízo que o preparo fosse calculado em 20% sobre o valor da causa, que corresponderia aproximadamente ao montante em discussão, ou que o seu recolhimento fosse diferido.

Diante do indeferimento do pedido, ingressou a Impetrante com o presente **mandamus**, cujo desfecho, por decisão majoritária, foi-lhe desfavorável, sob o argumento, em suma, de que o ato judicial impugnado era passível de recurso próprio, qual seja, o agravo de instrumento.

Ora, com o devido respeito pelas opiniões adversas, entendo que a Impetrante não poderia ter ingressado com o agravo de instrumento, que somente é cabível contra decisões interlocutórias, segundo o art. 522 do Código de Processo Civil.

Tratando-se de decisão posterior à sentença, seria admissível, em tese, a teor do art. 523, § 4º, do CPC, o agravo retido. Esse remédio, todavia, também ficou fora do alcance da Impetrante, porquanto, como se sabe, a sua apreciação somente se daria por ocasião do julgamento da apelação, a qual deixou de ser interposta, em razão da exigência de recolhimento do preparo em valor desproporcional à importância objeto da discussão.

Assim, pois, no meu entender, viu a Impetrante tolhido o seu direito de defesa, assegurado no art. 5º, LV, da Constituição Federal, pela decisão, **data venia**, desarrazoada do digno magistrado de 1º grau.

Isso posto, pelo meu voto, concedo a segurança, para que a Impetrante recolha o preparo depois de julgada a apelação, com base no valor nela discutido, devolvendo-lhe o prazo para a interposição daquele recurso.” (fls. 164/166).

Louvado nessa linha de argumentação, dou provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Sr. Presidente, a questão não é pacífica.

Como é uma decisão posterior à sentença, teria que ser o agravo retido. Há decisões nos Tribunais admitindo agravo de instrumento mesmo quando a decisão é posterior à sentença, como por exemplo, quando o juiz deixa de receber a apelação ou recebe apenas em um dos efeitos, em vez de receber em ambos.

No caso, parece-me que o Relator deixou bem claro que a parte não tem outra forma de reagir, porque exigir que ela, a essa altura, tenha que entrar com agravo depois, pleitear efeito suspensivo, poderia não atender à necessidade do Impetrante, que é legítima.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 122.429 – SP

(Registro n. 97.0016232-0)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Recorrente: Eletricidade de São Paulo S/A – Eletropaulo
Advogados: Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros
Recorrida: Fábrica de Parafusos Marwanda S/A
Advogado: Miguel Luiz Favalli Meza

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial – Tarifa de energia elétrica ilegal – Restituição de indébito – Juros moratórios e correção monetária – Fixação do **dies a quo**.

1. Não se cuidando da restituição de tributos indebitamente exigidos, na contagem dos juros moratórios, descogita-se da aplicação das disposições contidas no artigo 167, parágrafo único, CTN, ou da Súmula n. 188-STJ. Afastada, também, a hipótese de restituição por ato ilícito (art. 159, Código Civil), a solução encontra sede na data da citação, quando a ré na ação fica constituída em mora (art. 219, **caput**, CPC). No caso, verificado que o pedido, se atendido, decorrente do efeito retroativo, será oneroso à recorrente, ferindo a “natureza das coisas”, como o direito não é desajustado, nem pode ser injusto, configurada a falta de “interesse para recorrer”, o despique não é conhecido.

2. A correção monetária, considerada um **minus** que se evita e não um **plus** no valor real da moeda, de regra, tem por início a data do recolhimento indevido até a efetiva restituição. A jurisprudência dominante conforta a compreensão comemorada.

3. Sem conhecimento o recurso na parte alusiva aos juros moratórios conhecido sem provimento na pertença da correção monetária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por corrigindo erro material ocorrido na sessão do dia 29.8.2000, resolver que a decisão correta é a seguinte: A Turma, por unanimidade, *não conhecer do recurso na parte alusiva aos juros moratórios e, na parte conhecida, negar-lhe provimento quanto à correção monetária*, 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 Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Delgado e Humberto Gomes de Barros. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 1^a de março de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 23.4.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Do exame de apelação cível, o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria, assentou o entendimento seguinte:

“Tem razão a Recorrente; como já ressaltado no julgamento da Apelação n. 255.638-2, esta Câmara se posicionara anteriormente de forma contrária à pretensão posta na inicial, por entender legal e coberto pela garantia constitucional de resguardo ao direito adquirido, o reajuste de preços determinado pela Portaria n. 45/1986 do DNAEE.

Não podia, todavia, ignorar a reiterada manifestação do colendo Superior Tribunal de Justiça, em favor da tese da Recorrente, até porque tal comportamento, a rigor, implicaria em negar vigência à Constituição, cujo artigo 105, inciso III, letras **a** a **c**, defere àquela egrégia Corte a missão de zelar pela inteireza da vigência e unidade de interpretação, em todo o território nacional, das normas editadas pela União Federal.”

Omissis

“Diante do exposto, ressalvado o anterior posicionamento desta Câmara, dá-se provimento ao recurso, para julgar procedente a ação, condenada a Ré à restituição das importâncias indevidamente exigidas, tal como reclamado na inicial (fl. 13), com correção monetária a contar de cada desembolso e juros moratórios a partir da citação, bem assim a pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o total da liquidação.” (fls. 683/684).

Nos embargos de declaração, aquele Tribunal assim decidiu:

“Energia elétrica. Aumento das tarifas no período de congelamento. Decretos-Leis n. 2.283/1986 e 2.284/1986. Ilegalidade. Embargos infringentes rejeitados.” (fl. 706).

Contra os arestos foi interposto recurso especial, com amparo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, sob o fundamento de negativa de vigência ao artigo 1º, § 2º, da Lei n. 6.889/1981 e dissídio jurisprudencial com acórdãos desta Corte.

A Recorrente não se conforma com a incidência da correção monetária a partir de cada pagamento. Entende que a correção deve ser contada a partir do ajuizamento da ação.

Nas contra-razões, a Recorrida disse que a Recorrente equivocou-se, pois o aresto decidiu que a correção deve incidir a partir da citação e não a partir dos pagamentos indevidos, como afirmado no recurso. Disse ainda que faltou ao recurso o requisito do prequestionamento e que o dissídio não restou demonstrado nos termos regimentais.

Foi, simultaneamente, interposto recurso extraordinário, não admitido na origem, decisão que motivou a interposição de agravo de instrumento.

O recurso especial foi admitido, pelo nobre 4º Vice-Presidente do

Tribunal **a quo**, apenas pela alínea c do autorizativo constitucional, por ausência de prequestionamento e incidência das Súmulas n. 282 e 356 da Suprema Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): A contemplação das anunciações processuais revela que, em ação ordinária de repetição da tarifa de energia elétrica, indevidamente recolhida, rejeitados os embargos infringentes, provando a apelação, assoalhou o v. acórdão sob ferrete, textualmente:

(...)

“Não podia, todavia, ignorar a reiterada manifestação do colendo Superior Tribunal de Justiça, em favor da tese da Recorrente, até porque tal comportamento, a rigor, implicaria em negar vigência à Constituição, cujo artigo 105, inciso III, letras a a c, defere àquela egrégia Corte a missão de zelar pela inteireza da vigência e unidade de interpretação, em todo o território nacional, das normas editadas pela União Federal.

Com efeito, além dos vv. acórdãos anexados ou referidos no apelo (cf. fls. 632/634 e 638/639), mencionem-se ainda os seguintes precedentes, todos oriundos daquela mesma colenda Corte: Recurso Especial n. 55.071-8-SP, DJU de 5.12.1994, p. 33.537; Recurso Especial n. 15.380-0-DF, DJU de 7.2.1994, p. 1.129; Recurso Especial n. 40.169-0-DF, DJU de 7.3.1994, p. 3.635; Recurso Especial n. 53.209-4-SP, DJU de 10.10.1994, p. 27.132.

Merece realce o pronunciamento daquele Pretório ao rejeitar Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 20.562, no sentido de que ‘tendo o Governo Federal, através dos decretos-leis, determinado o congelamento de preços, simples portaria não pode se sobrepor àquelas normas, autorizando o reajuste das tarifas de energia elétrica’ (cf. RDA 195/255).” – fls. 683/684.

De riste, além da divergência jurisprudencial, à invocação da Súmula n. 163-STF e alegando contrariedade ao artigo 1^a, § 2^a, Lei n. 6.889/1981,

foi interposto recurso na via especial, pleiteando “que a incidência de juros e correção monetária tenha como início a data do ajuizamento da ação...” (fls. 723 a 728).

Nesse contexto, afivela-se que, a propósito da repetição pedida, a questão ficou vencida, assentando o julgado a ilegalidade da cobrança da tarifa de energia elétrica com base nas Portarias n. 38 e 45 – DNAEE – de 1986. Logo, **tollitur quaestio**.

A pretensão, pois, restringe-se à fixação do **dies a quo** para o início da contagem dos *juros moratórios* e da *correção monetária*. A respeito, dispôs o v. acórdão: restituição “com correção monetária a contar de cada desembolso e juros moratórios a partir da citação...” (fl. 684).

Pois bem, primeiramente, quanto à data inicial para a contagem dos *juros moratórios*, considera-se que não se trata de restituição fundada em ato ilícito (art. 159, Código Civil). Assim, o termo **a quo** deve ser fixado levando-se em conta a *data da citação*, quando a ré, na ação, ora recorrente, foi constituída *em mora* – art. 219, **caput**, CPC. Demais, em contrário, não existe previsão legal e, como não se examina restituição de tributos, não têm aplicação as disposições do parágrafo único, artigo 167, CTN, ou a Súmula n. 188-STJ.

Por essas vagas, soa estranhamento que a Recorrente – quem sabe, por equívoco? –, no recurso pediu que os juros “tenham início à data do ajuizamento da ação...” (fl. 728, **in fine**), cuja data, anterior à da *citação*, representa solução mais onerosa.

Ocorrendo, pois, situação processual paradoxal, como o direito não se revolta, contra a realidade (“natureza das coisas”), não sendo desajustado, nem injusto, **strictu sensu** à falta de sucumbência, porque, se provido, prejudicaria a Recorrente, diante do pedido, desfigurada a sucumbência reveladora do “interesse processual” para recorrer, no ponto, *o recurso não merece conhecimento*.

Em relação à *correção monetária*, ficou determinado que incida “... a contar de cada desembolso” (fl. 684).

Assim decidido, pretende a Recorrente que, ao invés daquele marco inicial (data do desembolso), seja estabelecida a data do ajuizamento. E dizer, encurtando-se o período de correção. O recurso merece ser conhecido pela divergência (alínea c, III, art. 105, CF); todavia, sem provimento.

De efeito, considerada como um **minus** que se evita e não um **plus** no

valor real da moeda, a jurisprudência dominante estabeleceu o seu início na data do pagamento ou do recolhimento indevido, seja parcelado ou em vez única. Em contrário, ficaria descoberto o período entre a data do recolhimento e a do ajuizamento ou da citação, gerando o locupletamento ilícito do devedor, pagando valor desatualizado. Por isso mesmo, a atualização deve coincidir com o efetivo pagamento.

Concluída a exposição, no pertencente aos *juros moratórios*, desfigurada a sucumbência, porque, se provido, o pedido prejudicaria a Recorrente, *voto não conhecendo do recurso* e, a final, parcialmente conhecendo referentemente à *correção monetária*, ancorado o julgado na jurisprudência predominante, *nego provimento*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 148.201 – MG

(Registro n. 97.0064924-5)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Siderleste Ltda
Advogado: Milton Cláudio Amorim Rebouças
Recorrida: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais
Advogados: José Benedito Miranda e outros

EMENTA: Tributário – Exportação de ferro-gusa – ICMS – Incidência – Produto semi-elaborado – Convênio n. 15/1991 (Confaz) – Depósito do crédito tributário.

– O Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz, através do Convênio n. 15/1991, elaborou a lista de produtos semi-elaborados, em atenção aos requisitos contidos no art. 1º da Lei Complementar n. 65/1991, incluindo nesta o ferro-gusa.

– O contribuinte tem direito de proceder ao depósito da importância devida para suspender a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CTN).

– Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, 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 11.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Cuida-se de recurso especial interposto pela Siderleste Ltda, com fulcro no art. 105, III, **a** e **c**, da Lei Maior, contra acórdão que entendeu que o “ferro-gusa”, produto exportado pela Recorrente, por ser um produto semi-elaborado, sofre a incidência do ICMS, em sua remessa para o exterior.

Sobre o pedido do Recorrente no sentido de implementar depósitos judiciais dos valores destinados à exação, entendeu aquele Órgão julgador, tendo em vista o teor daquela decisão e o fato de que nenhum depósito havia sido realizado, que o pedido carecia de qualquer sentido.

A Recorrente, inconformada com o acórdão acima, apresentou embargos de declaração para obter o pronunciamento da Corte **a quo**, sobre aspectos não abordados no julgado.

O Tribunal **a quo** rejeitou os embargos de declaração e, entendendo serem os mesmos protelatórios, aplicou multa de 1/2% sobre o valor atualizado da causa.

A Recorrente assevera que o aresto hostilizado, ao aplicar a multa, violou o art. 538 do CPC, uma vez que os embargos tinham propósito de prequestionamento.

Afirma ainda, que houve contrariedade aos arts. 165, 458, II e III, e 535, II, também do diploma adjetivo civil, ante a falta de fundamentação do **decisum** e da existência de omissões.

Sobre o mérito da contenda, asseverou que a caracterização do ferro-gusa como produto semi-elaborado, pelo acórdão do Tribunal **a quo**, determinou a violação ao art. 1º da Lei Complementar n. 65/1991.

Finalmente indica infringência ao art. 151, II, do CPC, no que diz respeito à vedação dos depósitos judiciais dos valores discutidos.

Inadmitido o recurso, subiram os autos a esta egrégia Corte, após o provimento de agravo.

Sendo ouvido o Ministério Público, o mesmo proferiu parecer pelo provimento parcial do recurso, apenas para retirar a multa aplicada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): O cerne da controvérsia diz respeito à incidência de ICMS na exportação de *ferro-gusa*, tendo como centro da discussão a natureza do produto em apreço, caracterizando-se como produto semi-elaborado ou industrializado.

Em relação à suposta violação aos arts. 165, 458, II e III, e 535, II, do CPC, entendo que o acórdão recorrido restou suficientemente fundamentado, não incorrendo em omissões, vez que 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.

À guisa de demonstração, transcrevo parte do voto proferido nos embargos de declaração em tela:

“A leitura da petição dos embargos evidencia, flagrantemente, que a Recorrente – insatisfeita com as colocações da Turma julgadora – pretende ver reapreciadas as suas razões de apelação, inexistindo assim fundamento para os referidos embargos.”

Quanto à existência de violação ao art. 1º da Lei Complementar n. 65/1991, entendo que não merece razão o Recorrente, senão vejamos.

O dispositivo infraconstitucional acima mencionado assim está disposto, **verbis**:

“Art. 1º. É compreendido no campo de incidência do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação (ICMS) o produto industrializado semi-elaborado destinado ao exterior:

I – que resulte de matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral sujeita ao imposto quando exportada **in natura**;

II – cuja matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral não tenha sofrido qualquer processo que implique modificação da natureza química originária;

III – cujo custo da matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral represente mais de sessenta por cento do custo do correspondente produto, apurado segundo o nível tecnológico no País.”

Segundo o Recorrente, o Confaz, através do Convênio n. 15/1991, laborou em equívoco quando preparou a lista de produtos semi-elaborados sem se ater aos requisitos cumulativos contidos no artigo 1º da Lei Complementar n. 65/1991.

Ora, é certo que o Confaz – Conselho Nacional de Política Fazendária, através do Convênio n. 15/1991, incluiu o produto da Recorrente dentre aqueles semi-elaborados.

Este convênio atende ao disposto no art. 2º da Lei Complementar n. 65/1991.

“Art. 2º. Cabe ao Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz):

I – estabelecer as regras para a apuração do custo industrial conforme referido no artigo anterior;

II – elaborar lista dos produtos industrializados semi-elaborados segundo definido no artigo anterior, atualizando-a sempre que necessário.”

No mesmo diapasão, destaco trecho do REsp n. 164.647-MG, Relator Ministro Garcia Vieira, DJU de 3.8.1998, **verbis**:

“... Com o advento da Lei Complementar n. 65, de 15.4.1991, cessou o poder dos Estados de legislar sobre os produtos semi-elaborados. Neste sentido, o REsp n. 67.289-9-RS, DJ de 4.9.1995, do qual

fui relator. Referida lei complementar, em seu art. 1^o, estabelece que incide o ICMS sobre o produto industrializado semi-elaborado destinado ao exterior, atribui ao Confaz elaborar lista destes produtos (art. 2^o, item II) e o Convênio n. 15, de 24.4.1991, cláusula segunda, estabeleceu a lista dos produtos semi-elaborados e dentre eles se inclui o ferro-gusa, exportado pela Recorrente...”

“... Já decidiu o STF que a Lei Complementar n. 65/1991, ao definir o produto industrial semi-elaborado, não atingiu o art. 155, I, § 2^o, X, a, da CF e ao transferir ao Confaz o encargo de elaborar a lista de produtos semi-elaborados (art. 2^o), não operou delegação ilícita de competência, DJ de 6.4.1994, p. 14.220 (fls. 181/182). Conclui-se caber, exclusivamente, ao Confaz a elaboração da lista de produtos semi-elaborados (fl. 182).”

Sobre a ocorrência de violação ao artigo 151, II, do CTN, merece acolhida a tese do Recorrente.

A parte tem o direito de efetuar o depósito judicial do crédito tributário, objetivando a suspensão de sua exigibilidade.

Sobre o assunto transcrevo o seguinte julgado:

“Tributário. Medida cautelar. Crédito tributário. Depósito. Suspensão da exigibilidade. Possibilidade. Violação à lei federal não configurada. Prequestionamento ausente. Divergência jurisprudencial comprovada. Dissídio notório. Precedentes STJ.

– Este STJ já pacificou entendimento no sentido de dispensar as exigências de ordem formal, quando se tratar de dissidência interpretativa notória, manifestamente conhecida do Tribunal.

– Consoante jurisprudência desta Corte, a parte tem o direito de efetuar o depósito judicial do crédito tributário, objetivando a suspensão de sua exigibilidade.

– Recurso conhecido pela letra c e provido.” (REsp n. 141.117-SP, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU de 10.4.2000, p. 73).

No mesmo diapasão, confira-se: (REsp n. 32.174-1-RJ, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 12.6.1995 e REsp n. 11.328-0-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, DJU de 2.8.1993).

Quanto à imposição de multa, a mesma deve ser afastada, uma vez que os embargos interpostos não evidenciam a hipótese do parágrafo único do art. 538 do CPC.

Tais as razões expendidas, *dou provimento parcial* ao recurso para afastar a imposição de multa e restabelecer a possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário através do depósito do montante integral do débito fiscal (art. 151, II, CTN).

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 155.244 – SP

(Registro n. 97.0081828-4)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Recorrente: Amadeus Self Service de Alimentos Ltda
Advogados: Daniella Zagari Gonçalves Dantas e outros
Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Cláudia Bocardi Allegretti e outros
Sustentação oral: Cristiane Romano (pela parte-recorrida)

EMENTA: Tributário e Processual Civil – Ação declaratória – Superveniente dispensa de pagamento parcial do tributo questionado – Pedido de levantamento dos valores depositados – CTN, artigos 151, II, e 156, IV – CPC, artigos 4º, I; 165, 583 e 584, § 1º, Lei Estadual n. 8.198/1992.

1. Débito tributário englobando o fornecimento de alimentação e bebidas, parcialmente dispensado o pagamento de uma das operações pela Lei n. 8.198/1992. Existente depósito judicial para suspender a exigibilidade do tributo questionado, os valores depositados podem ser devolvidos ou levantados pelo contribuinte. Não há conflito entre causa julgada no curso de ação declaratória e a devolução do referenciado depósito.

2. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento 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 Sr. Ministro-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, 5 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 2.4.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Do exame do agravo de instrumento, o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmou o entendimento, resumido na seguinte ementa:

“ICMS. Depósito prévio. Levantamento pelo vencedor. Lei superveniente, sem alcance de situação pretérita configurada. Bar e restaurantes. Dispensa de pagamento. Anulatória improcedente. Conversão em renda. Levantamento indeferido ao devedor. Recurso improvido.” (fl. 319).

Os embargos de declaração opostos foram julgados nos termos da ementa, a saber:

“Embargos de declaração. Conhecimento devido à ocorrência de omissão, sem, porém, alteração do julgamento. Recurso conhecido.” (fl. 353).

No recurso especial interposto, fundado no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Magna, a parte alega que o v. aresto negou vigência aos artigos 4^o, inciso I; 165, 583 e 584, inciso I, do Código de Processo

Civil e 151, inciso II, e 156, inciso IV, do Código Tributário Nacional, além de dissentir da jurisprudencial desta Corte.

Assim a Recorrente resume os fatos:

a) foi ajuizada ação declaratória, julgada improcedente, objetivando o reconhecimento da inexistência de relação jurídica, que a obrigue ao recolhimento do ICMS sobre suas atividades;

b) também foi ajuizada ação cautelar, em que lhe foi deferida liminar, autorizando o depósito mensal dos valores discutidos, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário;

c) quando foi interposto recurso extraordinário sobreveio a Lei n. 8.198/1992, dispensando do pagamento do ICMS;

d) em decorrência da edição da citada lei, pediu o levantamento das parcelas, em função da remissão havida;

e) o Ministro-Relator devolveu a matéria ao juízo monocrático, por se tratar de direito superveniente. O pedido não foi apreciado, retornando os autos ao STF, quando foi negado provimento ao recurso.

f) baixados os autos ao Tribunal de origem, a Recorrente reiterou;

g) o douto Juízo de 1ª instância não apreciou o pedido da Recorrente nem a contestação da Fazenda e determinou a conversão dos depósitos em renda;

h) a Recorrente requereu a anulação da sentença e sua reforma, “por entender que a Lei n. 8.198/1992, ao dispensar o pagamento do ICMS durante o período previsto, introduziu uma remissão, o que constitui causa de extinção do crédito tributário, a teor do artigo 156, inciso IV, do Código Tributário Nacional, circunstância que não poderia ter sido desprezada pelo julgador, impondo-se o deferimento do pedido de levantamento da parcela correspondente a 70% dos depósitos”;

i) o recurso foi improvido.

Finalmente pediu:

“38. Por medida de cautela, em primeiro lugar, tendo em vista recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceu a necessidade de apreciação pelo próprio colendo Superior Tribunal de Justiça, de dispositivos constitucionais apontados como violados pelo acórdão recorrido, em razão do controle difuso de constitucionalidade das leis cometido a todos os órgãos jurisdicionais, a

Recorrente requer seja provido o recurso para o fim de, reformando-se o acórdão, determinar que o juízo monocrático profira nova decisão, com observância dos artigos 5^a, LV, e 93, IX, ambos da Constituição Federal, devidamente prequestionados. Isso porque a decisão de 1^a grau padece de fundamentação e não respeitou o direito da Recorrente de ser ouvida em juízo, por não ter havido apreciação do pedido de levantamento efetuado, limitando-se o órgão de 1^a instância a determinar a conversão em renda sem apreciar o pedido de aplicação do direito superveniente, em nítida afronta ao contraditório e ao dever de motivação das decisões jurisdicionais.

Caso V. Ex.^{as} entendam que esta Corte não é competente para apreciação de questões constitucionais, respeitosa e requer o provimento do presente recurso para os seguintes fins, sucessivamente:

a) a anulação do acórdão recorrido, caso qualquer dos dispositivos legais apontados por violados seja entendido por esta Corte como não prequestionados (o que se admite apenas em homenagem ao princípio da eventualidade), considerando que todos os ônus foram pela Recorrente devidamente cumpridos com o intuito de viabilizar o acesso a esta colenda Corte, razão pela qual não poderá ser penalizada pela negativa de prestação jurisdicional perpetrada pelo órgão **a quo**;

b) a anulação do acórdão, para que, afastado o inexistente óbice da coisa julgada, seja apreciado o pedido de levantamento do valor correspondente a 70% dos depósitos judiciais havidos nos autos, expressamente atingidos pela remissão introduzida pela Lei n. 8.198/1992, de acordo com a correta interpretação a ser dada a todos os dispositivos de lei federal invocados pela Recorrente, e de acordo com o entendimento jurisprudencial pacificado nesta colenda Corte;

c) a reforma do acórdão, para que, reconhecida a violação ao artigo 165 do Código de Processo Civil, seja determinado que o juízo de 1^a instância profira nova decisão, atendendo à indispensável necessidade de motivação das decisões interlocutórias.

Não obstante tais circunstâncias, a teor do que dispõe o § 2^a do artigo 249 do Código de Processo Civil, caso V. Ex.^{as} entendam ser possível superar tais nulidades para que o mérito seja decidido favoravelmente à Recorrente – com o que se conta – respeitosa e requer a reforma do acórdão, para o fim de que seja provido o pedido de levantamento de 70% dos depósitos judiciais existentes nos autos

da ação declaratória da qual foi extraído o presente agravo de instrumento percentual correspondente à parcela expressamente atingida pelo benefício fiscal introduzido pela Lei n. 8.198/1992, o que constitui causa extintiva do crédito tributário, a teor do artigo 156, IV, do CTN.” (fls. 395/397).

Nas contra-razões, a Fazenda alega que não houve violação a nenhum dos dispositivos tidos como violados. No mérito, disse que se tratando “de restaurante industrial e tendo ocorrido o trânsito em julgado, impossível a aplicação do citado diploma legislativo, razão pela qual foi negado provimento ao seu recurso”.

Ao mesmo tempo foi interposto recurso extraordinário, inadmitido na origem, decisão que provocou a interposição de agravo de instrumento.

O recurso especial também não logrou ser admitido, porém dei provimento ao agravo de instrumento interposto.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): As guias informativas do processo revelam que a insurreição na via especial foi provocada pela afirmação do verberado v. acórdão, em suma:

“ICMS. Depósito prévio. Levantamento pelo vencedor. Lei superveniente, sem alcance de situação pretérita configurada. Bar e restaurantes. Dispensa de pagamento. Anulatória improcedente. Conversão em renda. Levantamento indeferido ao devedor. Recurso improvido.” (fl. 319).

As prélicas recursais têm fonte geratriz no julgamento do agravo de instrumento, lançado processualmente contra a decisão singular autorizadora da conversão dos depósitos judiciais em renda da Fazenda Estadual, provimento judicial que, segundo a Recorrente, além da divergência jurisprudencial, malferiu os artigos 4^o, I; 165, 583 e 584, § 1^o, CPC e, ainda, os artigos 151, II, e 156, IV, CTN.

Definido o **facies** no âmbito da admissibilidade, inicialmente, registra-se desconsideração às alegadas ofensas de natureza constitucional, uma

vez que não se expõem a exame na via especial. Por decorrência, a averiguação prende-se aos limites objetivos do recurso, ao derredor dos padrões legais prenunciados e na vertente da divergência.

Tracejados os rumos da apreciação, na pertinência das disposições contidas nos artigos 4^o, I, e 165, CPC, derruindo as malsinações, são certas as explicitações feitas no julgado, **verbis**:

“Houve nos autos pedido de levantamento anterior ao trânsito, porém, este pedido não foi apreciado e o momento temporal precluiu, passou; o reexame foi novamente solicitado após o trânsito, sem a mesma fase transformadora da sentença.” (fl. 322).

Aí o ponto fulcral. O direito superveniente constituído na Lei n. 8.198/1992 pode, ou não, ser considerado? Alinhados os precedentes desta Corte, sim. Deveras, à vista de ação declaratória e não de nulidade, cuida-se de simples verificação da existência, ou não, de crédito decorrente dos efeitos daquela lei, sem nenhuma modificação do conteúdo declaratório. Enfim, o citado texto legal ensejou a dispensa do pagamento do ICMS questionado, **ipso facto**, obstaculizando o recolhimento do valor indevido e banindo a possibilidade de cobrança ou a conversão integral do depósito em crédito da Fazenda Estadual. Agrega-se que o depósito não foi para o fim de pagamento, mas, isto sim, para suspender ou inibir a execução fiscal.

Por essas vagas, ganha espaço a anotação do julgado no EDREsp n. 163.410-SP, Rel. Min. José Delgado, em síntese:

“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 suprimento da omissão, negando-se-lhe, porém, efeitos modificativos.” (in DJU de 1.7.1999).

Alvoroça-se, pois, na espécie, que não se cuida de *restituição* e, sim, pelos efeitos da Lei n. 8.198/1992, de mera *devolução* do valor depositado anteriormente. Em contrário pensar, como assinalado no julgamento do REsp n. 242.463-SP (in DJU de 11.9.2000), seria penalizar o contribuinte diligente. Com efeito, enquanto o devedor recalcitrante foge das suas obrigações fiscais, o contribuinte consciente, como lhe assegura a lei, faz o depósito exigido.

Porém, ao final, apesar de favorecido legalmente, se adiantada a conversão do depósito, em renda fiscal, fica sem a devolução. E o mais grave: teria que enfrentar os percalços do ajuizamento de demorada ação e restituição de indébito. Sem dúvidas, imposição sem o abrigo da moral e da ética. 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 são 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, **José Renato Nalini**, Ed. Oliveira Mendes, 1998, p. 111).

Concluída a exposição, ficando afastada a pretensão voltada à anulação do v. acórdão, *voto provendo o recurso*, com a finalidade de assegurar a devolução ou levantamento do percentual deduzido do valor depositado no processo da referenciada ação declaratória, correspondente ao benefício estatuído pela Lei n. 8.198/1992.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 264.422 – SC

(Registro n. 2000.0062409-8)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros
Recorrida: Americana Granitos do Brasil Ltda
Advogados: Amílcar José Berri e outro

EMENTA: Tributário – IOF – Ingresso de moeda estrangeira (Decreto n. 1.071/1994) – Moeda “ingressada” antes do termo inicial de incidência – Pagamento antecipado de exportação abortada – Conversão em empréstimo.

– Moeda estrangeira que ingressou, antes de 25.11.1993, a título de pagamento antecipado de exportação que veio a abortar. A transformação do pagamento em empréstimo não faz incidir o IOF, se a respectiva divisa permaneceu no Brasil, sem solução de continuidade (art. 2º, parágrafo único, do Decreto n. 1.071/1994).

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, José Delgado e Francisco Falcão. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília-DF, 3 de abril de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 11.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: A lide está muito bem descrita no relatório que antecede voto-condutor do v. acórdão recorrido. Eii-lo:

“A Apelante firmou dois contratos de câmbio, totalizando US\$ 500,000.00, vindo a receber o respectivo valor em 27 de agosto de 1993, como pagamento antecipado de exportações que viria a fazer. Valendo-se, porém, da faculdade reconhecida na Circular n. 2.231, de 25.9.1992, do Banco Central, no Capítulo 5, Título 12, item 5, com a nova redação recebida da Circular n. 2.323, de 17.6.1993, converteu o mencionado pagamento, antecipadamente recebido, em empréstimo para financiamento do capital de giro, a ser pago após 3 anos. A conversão veio a ser aprovada pelo Banco Central em 27.7.1994.

Transcrevo o dispositivo citado:

‘Consolidação das Normas Cambiais

Capítulo: Exportação – 5

Título: Pagamento antecipado – 12

5 – Na hipótese de não ocorrer o embarque das mercadorias dentro do prazo para tal fim previsto, a operação originalmente conduzida como pagamento antecipado de exportação pode ser convertida – a pedido do exportador e mediante anuência prévia do pagador no exterior – em investimento direto de capital ou empréstimo em moeda e registrada no Banco Central do Brasil/Departamento de Capitais Estrangeiros – Firce, nos termos da Lei n. 4.131/1962, modificada pela Lei n. 4.390/1964, e regulamentação pertinente.’

Para formalizar essa conversão, todavia, a autoridade então

impetrada, que era o Gerente de Câmbio do Besc S/A, exigiu o pagamento do IOF à alíquota de 3%, que incidiria no ingresso de divisas a título de empréstimo.

A Apelante entende que não está sujeita a pagar tal imposto, uma vez que o inc. II do art. 2^o do Decreto n. 1.071, de 2.3.1994, prevê expressamente que o IOF não incide:

‘II – na liquidação das operações de câmbio contratadas até 25 de novembro de 1993.’

Essa data tem a sua razão de ser na revogação do anterior Decreto n. 995, de 25 de novembro de 1993, que assim dispunha:

‘Art. 2^o.

Parágrafo único. O imposto não será devido na liquidação de operações de câmbio amparadas em autorização prévia emitida pelo Banco Central do Brasil e na liquidação de operações que já tenham sido objeto de contratação do câmbio correspondente anteriormente à data de vigência deste decreto’ (que ocorreu justamente no dia 25.11.1993).

A Apelante comprova, documentalmente, que o câmbio fora contratado em data anterior a 25 de novembro de 1993, e que as divisas ingressaram no País no dia 27 de agosto de 1993. Por isso, sustenta que a operação não se sujeita ao IOF.

A sentença recorrida, porém, estabelece uma distinção entre a operação de ingresso de divisas como pagamento antecipado de exportações, e a sua posterior conversão em empréstimo de longo prazo. Afirma, assim, que, a primeira operação, realizada efetivamente em data anterior a 25.11.1993, não está sujeita ao IOF. Mas, a segunda operação, diz a sentença, somente foi aprovada pelo Banco Central em 27.6.1994 e, por isso, estaria sujeita ao IOF. Assim, denegou a segurança.” (fls. 92/93).

O voto termina com a assertiva de que “a Apelante contratou o câmbio e liquidou as respectivas operações em data anterior a 25 de novembro de 1993, beneficiando-se, assim, da não-incidência prevista no art. 2^o, inc. II, do Decreto n. 1.071/1994.”

O recurso especial assenta-se na alínea a. A União Federal queixa-se de ofensa ao art. 2º, parágrafo único, II, do Decreto n. 1.071/1994. Desenvolve, para tanto, linha de raciocínio, que resumo assim:

a) a Recorrida recebeu dinheiro, de sua filial alemã, a título de pagamento adiantado para futura exportação de minério;

b) a exportação, contudo, não se realizou;

c) o dinheiro foi, em 27.4.1994, contabilizado como empréstimo em moeda;

d) a Recorrente pretende livrar-se da incidência de IOF sobre este empréstimo, invocando a regra do Decreto n. 1.071/1994. Assevera que a conversão do pagamento em empréstimo seria mera operação contábil. Diz, assim, que empréstimo foi realizado em 27.4.1994;

e) semelhante pretensão é improcedente, porque a “conversão”, em verdade resultou de novo contrato resultante de novação.

Esta, a lide.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O recurso monta-se na assertiva de que a transformação do pagamento em empréstimo não resultou de simples operação bancária, mas de novo acerto entre as partes. Com efeito, sustenta a União, pagamento e empréstimo são contratos autônomos e inconfundíveis.

Para melhor argumentar, lembro que o art. 1º grava as operações de câmbio e incide sobre o ingresso de moedas decorrentes de empréstimo. Já o parágrafo único de seu art. 2º afasta a incidência do tributo, “na liquidação das operações de câmbio contratadas até 25 de novembro de 1993”.

Ora, operação de câmbio, como o nome está a dizer, é aquela em que se troca moeda ou mercadoria por divisas estrangeiras. Bem por isso, o art. 1º do decreto adota como base de cálculo, o “contravalor” da moeda estrangeira “ingressada”.

Na hipótese, cuida-se de moeda “ingressada” antes do termo inicial de incidência do tributo e que aqui permaneceu, sem solução de continuidade. A mudança do título (pagamento ou empréstimo) que justifica tal permanência resultou de acerto entre particulares. É irrelevante para o deslinde da questão ora debatida. Relevo só haveria, caso a moeda houvesse retornado ao país de origem e, após, ingressado ao Brasil.

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 271.680 – CE

(Registro n. 2000.0080202-6)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
Procurador: Keops de Vasconcelos Vieira Pires
Recorridos: Francisco Lúcio Ribeiro Façanha e cônjuge
Advogados: Juvenal Lamartine Azevedo Lima e outros
Recorridos: José Juacy da Cunha Pinto e cônjuge
Advogado: Juvenal Lamartine Azevedo Lima

EMENTA: Processual – Desapropriação para fins de reforma agrária – Interpretação do art. 249, §§ 1º e 2º, do CPC, em c.c. o art. 18, § 2º, da Lei Complementar n. 76/1993.

1. A não-intervenção obrigatória do Ministério Público nas ações de desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária só acarretará nulidade quando se evidenciar, por tal omissão, ofensa aos princípios da legalidade, da moralidade e da justa indenização.

2. Não se decreta nulidade processual sem demonstração de prejuízo para as partes.

3. Substituição do titular do domínio da propriedade rural reconhecida legal pelo Incra.

4. Inexistência de violação ao artigo 2º, § 4º, da Lei n. 8.629/1993, acrescentado pela Medida Provisória n. 1.577/1997.

5. Interpretação do art. 249 do CPC, em combinação com o art. 18, § 2º, da Lei Complementar n. 76/1993, em harmonia com os princípios regedores do nosso ordenamento jurídico.

6. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto

Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Licenciado o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília-DF, 15 de fevereiro de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 9.4.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal com fulcro nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, em ação de desapropriação para fins de reforma agrária movida pelo Incra contra José Juacy da Cunha Pinto e sua mulher.

O Recorrente interpôs agravo de instrumento contra decisão que deferiu pedido de substituição da parte passiva pelos adquirentes do imóvel expropriado, alegando nulidade de tal decisão por ausência de prévia manifestação do Ministério Público, conforme impõe o art. 18, § 2^a, da Lei Complementar n. 76, de 6 de junho de 1993. Ademais, aduziu que, no caso, não seria possível a substituição das partes, em face do disposto no § 4^a do art. 2^a da Lei n. 8.629/1993 (com as modificações introduzidas pela Medida Provisória n. 1.577/1997), que desconsidera qualquer alteração no domínio ocorrida até seis meses após a data da comunicação para levantamento de dados. O acórdão recebeu a seguinte ementa (fl. 238):

“Agravo de instrumento. Ação de desapropriação para fins de reforma agrária. Intervenção do Ministério Público. Substituição dos expropriados pelos adquirentes do imóvel.

Argüição de nulidade da decisão proferida no curso do processo de desapropriação para fins de reforma agrária, por não ter havido prévia intervenção do Ministério Público. Inexistência de prejuízo, quer para o expropriante, quer para o órgão ministerial. Nulidade que se deixa de declarar. Inteligência do art. 249, §§ 1^a e 2^a.

O § 4^a do art. 2^a da Lei n. 8.629/1993, acrescentado pela Medida Provisória n. 1.577/1997, não impede a transferência de domínio do imóvel expropriado.

Substituição dos primitivos expropriados pelos adquirentes do imóvel que não violou qualquer dispositivo legal.

Agravo improvido.”

Opostos embargos declaratórios, assim se manifestou o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (fl. 251):

“Embargos de declaração. Agravo de instrumento. Desapropriação para fins de reforma agrária. Intervenção do Ministério Público. Contradição. Inexistência.

Ausência dos pressupostos específicos do art. 535 do CPC: omissão, obscuridade ou contradição.”

Nas razões do especial, o Recorrente aduz violação aos seguintes preceitos legais: a) art. 214 do Código de Processo Civil (“Para a validade do processo, é indispensável a citação inicial do réu.”), pois, como a relação processual ainda não havia se instaurado, não poderia o juiz ter decidido sobre a legitimidade das partes; b) art. 18, § 2º, da Lei Complementar n. 76/1993 (“O Ministério Público intervirá, obrigatoriamente, após a manifestação das partes, antes de cada decisão manifestada no processo, em qualquer instância.”), tendo o prejuízo decorrente da ausência de manifestação do *Parquet* consistido no cerceamento do exercício das funções institucionais do Ministério Público, previstas no **caput** do art. 127 da Carta Magna, e nos arts. 5º, VI, e 21 da Lei Complementar n. 75/1993; c) § 4º do art. 2º da Lei n. 8.629/1993, introduzido pela Medida Provisória n. 1.577/1997 (“Não será considerada, para os fins desta lei, qualquer modificação, quanto ao domínio, à dimensão e às considerações de uso do imóvel, introduzida ou ocorrida até seis meses após a data da comunicação para levantamento de dados e informações de que tratam os §§ 2º e 3º.”). Além disso, alega divergência jurisprudencial, transcrevendo, para demonstrá-la, as ementas de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

O Incra apresentou contra-razões ao recurso às fls. 278/281, defendendo que: a) conquanto infringido o disposto no art. 18, § 2º, da Lei Complementar n. 76/1993, devem ser obedecidos os princípios *pas de nullité sans grief* e o da instrumentalidade do processo, ante a inexistência de prejuízo decorrente da ausência de manifestação do Ministério Público Federal; b) não houve afronta ao art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.629/1993, pois a alteração no domínio do imóvel expropriado ocorreu seis meses e vinte e três dias

após a notificação para levantamento de dados. Ademais, a modificação do pólo passivo da demanda não acarretaria prejuízo algum para a autarquia, para os expropriados ou para o *Parquet*. Assim, pugna pelo desprovimento do especial.

Admitido o recurso à fl. 283.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do recurso. A matéria jurídica apontada pelo Recorrente foi requestionada.

Nego provimento ao recurso. As razões desenvolvidas pelo Relator, o culto Juiz Ridalvo Costa, merecem total acatamento.

Por adotá-las integralmente, passo a considerá-las como fundamentos desta decisão (fls. 235/236):

“A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

‘Vez que houve transferência do domínio do imóvel expropriado em favor de Francisco Lúcio Ribeiro Façanha e sua mulher, antes mesmo do aforamento da expropriatória, José Joacy da Cunha Pinto e sua mulher, não ostentam legitimidade para ocupar o pólo passivo da demanda.

Ao setor competente para retificação da distribuição e autuação do feito, que seguirá tendo como expropriados Francisco Lúcio Ribeiro Façanha e sua mulher, Maria de Fátima Paula Façanha.’ (fl. 152).

As razões do recurso trazem como argumento inicial a nulidade do ato, por violação ao § 2º do art. 18 da Lei Complementar n. 76/1993 e ao art. 246 do CPC, que dispõem, respectivamente:

‘§ 2º. O Ministério Público Federal intervirá, obrigatoriamente, após a manifestação das partes, antes de cada decisão manifestada no processo.’

‘Art. 246. É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.’

Efetivamente, a dicção do § 2º do art. 18 da Lei Complementar n. 76 é bastante clara, impondo a prévia manifestação do *Parquet* antes de qualquer decisão proferida no processo de desapropriação.

No caso em julgamento, poder-se-ia argumentar que o ato agravado constitui nítida decisão interlocutória, proferida, inclusive após manifestação de uma das partes e teria, necessariamente que haver sido precedido da abertura de vista ao órgão ministerial, sob pena de nulidade, a teor do disposto no art. 246 do CPC.

Entretanto, a própria legislação processual codificada, aplicada subsidiariamente ao processo de desapropriação, veda a declaração da nulidade sempre que não houver prejuízo à parte ou puder o juiz decidir a causa em favor de quem aproveitaria a invalidação do ato.

Aqui não restou demonstrado qualquer prejuízo ao Agravante ou ao Expropriante com a substituição dos primitivos expropriados pelos adquirentes do imóvel, antes mesmo de ter ocorrido a citação daqueles. Ou seja, a relação processual sequer estava instaurada.

Rejeito, portanto, a argüição de nulidade.

Quanto à substituição das partes, estabelece o § 4º do art. 2º da Lei n. 8.629/1993, acrescentado pela Medida Provisória n. 1.577/1997, **verbis**:

‘§ 4º. Não será considerada, para os fins desta lei, qualquer modificação, quanto ao domínio, à dimensão e às condições de uso do imóvel, introduzida ou ocorrida até seis meses após a data da comunicação para levantamento de dados e informações de que trata o parágrafo anterior.’

Como se vê, o dispositivo acima, invocado pelo Agravante como obstativo da substituição dos expropriados pelos adquirentes, apenas desconsidera as alterações do domínio ocorridas até seis meses após a data da comunicação para levantamento de dados e informações. Ou seja, havendo a transferência do imóvel durante esse período, ela não produz efeito perante o expropriante. O procedimento administrativo de levantamento de dados e informações, realizado pelo Incra e as comunicações decorrentes levam em conta apenas os primitivos expropriados.

Na hipótese dos autos, a transferência de domínio ocorreu depois

de findo aquele prazo. A substituição das partes não foi de encontro a qualquer dispositivo legal.

Por essas razões, nego provimento ao agravo.”

Acrescento que, com propriedade, o Incra manifestou-se pelo impro-
vimento do recurso, alegando (fls. 279/281):

“O Agravante sugere que ‘... deve ser reformada a decisão por vício em seu conteúdo, pois a Medida Provisória n. 1.577 (...) estabelece, no seu art. 2º, § 4º, o seguinte:

‘Art. 2º. Omite-se.

§ 4º. Não será considerada, *para os fins desta lei*, qualquer modificação, quanto ao domínio, à dimensão e às condições de uso do imóvel, introduzida ou ocorrida até seis meses após a data da comunicação para levantamento de dados e informações de que trata o parágrafo anterior.’ (grifamos).

Ora, os fins referidos no texto legal em destaque são os de desapropriação de imóveis rurais para reforma agrária. Não quis o legislador impedir a transação com o imóvel naquele período de seis meses, vedando a disponibilidade do bem, aliás, principal prerrogativa inerente ao direito de propriedade. Buscou, isto sim, a vedação a atos tendentes a obstaculizar o andamento do processo expropriatório, explícita ou implicitamente. Se o ato não visou a tal fim, usou o proprietário tão-somente do seu direito de dispor do imóvel como bem lhe pareceu, sem que trouxesse prejuízo a terceiros.

A **mens legis** foi a de, unicamente, evitar que os proprietários de imóveis rurais, após a notificação prévia, usassem de artifícios tendentes a pôr em risco a possibilidade jurídica de desapropriação do imóvel. Os artifícios mais usuais eram os dirigidos a modificar a classificação do imóvel de improdutivo para produtivo e de grande propriedade para média ou pequena propriedade, através do loteamento ou divisão do imóvel.

Não parece que tenha sido este o caso em questão, mesmo porque em nada a alienação do imóvel prejudicou o normal e regular seguimento da ação de desapropriação proposta, tampouco a substituição processual pleiteada e deferida. Se houvesse prejuízo, este seria

arcado exclusivamente pelos substituídos, porém constam nos autos duas peças de sua lavra, às fls. 161 e 210, uma petição e uma declaração, respectivamente, onde os mesmos se manifestam expressamente favoráveis à substituição processual, abrindo mão de qualquer direito à indenização devida em face da desapropriação do imóvel, ratificando os termos da resposta apresentada pelo substituto.

Ou seja, por mais esdrúxula que tenha parecido ao Ministério Público Federal, a transação havida entre aqueles proprietários rurais, não vislumbra a Autarquia, ora agravada, qual seria a violação ao interesse público, ensejadora de nulidade, haja vista a ser uma transação entre particulares, sem qualquer prejuízo ao Erário ou à coletividade.

Além disso, a alteração no domínio só ocorre com a transcrição do título de compra e venda no Registro Público, o que se deu em 2.12.1997, ou seja, seis meses e vinte e três dias após a notificação prévia, ocorrida em 9.5.1997, não importando, no caso, que a transação tenha tomado corpo em 19.5.1997, pois, no caso concreto, não trouxe prejuízo ao ajuizamento da ação expropriatória cabível.

Por fim, quanto à ausência de intimação do Ministério Público para se manifestar acerca do pedido de substituição processual, parece ao Incra que, conquanto infringindo o disposto no art. 18, § 2º, da Lei Complementar n. 76/1993, não havendo qualquer prejuízo, deve-se manter a decisão, em obediência ao princípio da instrumentalidade do processo.

Os atos processuais devem ser praticados em consonância com os preceitos legais que os regulamentam, sob pena de nulidade. Contudo, essa regra não é absoluta, de sorte que não se pode privar o ato jurídico processual de efeito apenas por inobservância de rito, quando nenhum prejuízo tenham sofrido as partes.

Leciona **Humberto Theodoro Júnior** que ‘o princípio que inspirou o Código, nesse passo, foi o que a doutrina chama de princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, segundo o qual *o ato só se considera nulo e sem efeito se, além de inobservância da forma legal, não tiver alcançado a sua finalidade.*’ (grifo nosso). Restou devidamente comprovado nestes autos que a finalidade do ato foi devidamente atingida.

Em última análise, ainda que exigível seja a manifestação prévia do Ministério Público para a decisão agravada, mesmo assim, não é de

se reformar tal decisão, em virtude da ausência de prejuízo às partes, ao processo e ao próprio Ministério Público. Deve-se aplicar ao caso o princípio *pas de nullité sans grief*.”

Corretos, a meu pensar, os posicionamentos supra-indicados.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 316.160 – PR

(Registro n. 2001.0039035-8)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Câmara Municipal de Londrina
Procuradores: João dos Santos Gomes Filho e outros
Recorrentes: Adalberto Pereira da Silva e outros
Advogados: Iria Regina Marchiori e outro
Recorridos: Luiz Carlos Freitas e outros
Advogados: Celso Ferreira de Castro e outros

EMENTA: Processual Civil e Administrativo – Ação popular – Remuneração de vereadores – Resolução – Ilegalidade – Acórdão confirmatório da decisão que julgou procedente a ação – Recurso especial – Reprodução dos argumentos deduzidos no recurso apelatório – Deficiência da fundamentação – Dissídio jurisprudencial não demonstrado analiticamente – Não-conhecimento.

Por mais bem elaboradas e ricas em circunlocuções que se apresentem as razões recursais, em vão será o esforço desenvolvido pelos recorrentes, se expressam a repetição *ipsis litteris* dos argumentos deduzidos no recurso apelatório e não atendem aos pressupostos necessários à interposição do recurso especial, com a demonstração clara, precisa e objetiva da pretensa violação aos dispositivos legais e ao dissídio jurisprudencial.

Recurso não conhecido.

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, não conhecer do 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, 7 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 20.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Luiz Carlos Freitas e outros ajuízam ação popular contra a Câmara de Vereadores de Londrina-PR e Vereadores, a fim de que fosse declarada a nulidade da Resolução n. 16/1996, da Mesa Diretora da Câmara, que autorizou o pagamento de uma remuneração mensal, no mês de dezembro de 1996, proporcional ao efetivo comparecimento dos edis, e restituídos os valores indevidamente recebidos.

Julgada procedente a ação e declarada a nulidade do ato da Câmara, por ofensa aos princípios da moralidade e da legalidade, com a condenação dos Réus, para restituírem aos cofres públicos municipais as importâncias indevidamente recebidas, interpuseram os sucumbentes recursos apelatórios, que restaram improvidos, consoante acórdão resumido na seguinte ementa:

“Ação popular. Remuneração extra de vereadores. Pretendido cabimento, em tese, de ação de inconstitucionalidade. Argumento rejeitado acertadamente. Inépcia da inicial, ilegitimidade passiva do órgão legislativo, necessidade de intervenção do Município no processo, ausência de responsabilidade pessoal dos réus. Preliminares bem afastadas. Matéria de fundo exaustivamente examinada em ambas as instâncias. Vantagem econômica efetivamente indevida. Alegada supressão, na Constituição Federal, do princípio da anterioridade. Irrelevância, no caso. Condenação solidária cabível. Sentença mantida” (fl. 345).

É contra esta decisão que se insurgem a Câmara de Vereadores de Londrina e o Vereador Adalberto Pereira da Silva e outros, pela via de recursos especiais idênticos, na formulação dos quais alegam violação à lei federal e divergência jurisprudencial, sustentando, em resumo, que: a) não cabe ação popular para afrontar a fixação de ganho extra de vereadores, por inconstitucionalidade; b) a resolução da Câmara é lei formal, no sentido técnico-constitucional; c) é descabido atribuir-se responsabilidade pessoal aos vereadores, no caso, porquanto se trata de ato de Estado, sendo do Município, na hipótese, a responsabilidade; d) é inepta a inicial, eis que a ação deveria ter sido proposta contra Município, pois a Câmara só possui personalidade judiciária; e) o pagamento extra, feito aos vereadores em dezembro de 1996 (13º salário), não é ilegal, por não se confundir com os conceitos técnicos de remuneração. Por último, requerem seja provido o recurso, para julgar improcedente a ação (fls. 357/402 e 445/489).

Contra-arrazoados (fls. 544/559), ambos os recursos foram admitidos na origem (fls. 580/586), subindo os autos a esta Instância.

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, o acórdão contra o qual foi interposto o presente recurso especial, ao confirmar sentença de 1ª instância, que julgou procedente a ação popular proposta contra a Câmara de Vereadores de Londrina-PR e alguns dos seus vereadores e condenar os Réus a restituírem aos cofres públicos importâncias correspondentes a vantagens remuneratórias indevidamente recebidas, afastou as preliminares suscitadas pelos Apelantes, ao fundamento basilar de que: a) a tese do cabimento da ação de inconstitucionalidade em lugar da ação popular, no caso, não se sustenta, sendo adequado o meio processual escolhido pelos autores da ação; b) não têm procedência os argumentos deduzidos sobre a inépcia da inicial, ilegitimidade passiva do órgão legislativo, necessidade de intervenção do Município no processo e ausência de responsabilidade pessoal dos réus, porquanto é incontestável a desnecessidade de ser a ação proposta contra o Município, eis que se trata do maior beneficiário do acolhimento da demanda, pois a ele serão restituídos os valores indevidamente recebidos, além de ser reconhecida a capacidade da Câmara Municipal de estar em juízo, na defesa dos seus interesses particulares, devendo os edis

responderem indevidamente pelo ato da Mesa da Câmara que os beneficiou diretamente. E, quanto ao mérito, a Câmara julgadora **a quo** corrobora os fundamentos do julgador singular, conceitos morais eleatórios, mas, sim, de condenação de ato ilegal e imoral, sob qualquer prisma, porque “não houve fixação de remuneração, mas de gratificação inominada, determinada pela Mesa em momento impróprio”.

É contra esta decisão que se insurgem a Câmara Municipal e os Vereadores, pela via de recursos especiais separados, mas com idênticas petições, alegando violação à legislação federal e divergência jurisprudencial, embora não indiquem em quais permissivos constitucionais tem fundamento a irresignação recursal.

Com efeito, ao exame preliminar, verifica-se que, malgrado os longos e aprofundados arrazoados deduzidos pelos Recorrentes, conforme já detectado no juízo prévio de admissibilidade, “ambos os recursos especiais contêm diversas alegações apresentando certa deficiência quanto ao aspecto legal, ou seja, ressentem-se da efetiva indicação de norma violada” (fl. 582). Daí porque inadmitidos, por tal fundamentação.

De fato, as petições recursais, da forma como se encontram formuladas, sem retirar o mérito do minucioso estudo jurídico nelas inserido, sob o aspecto essencial do objetivo a ser alcançado (contrariedade ou negativa de vigência à lei federal), entremostram-se, a toda evidência, deficientes, impedindo assim sejam conhecidos.

Como é cediço, por mais bem elaboradas e ricas em circunlocuções que se apresentem as razões deduzidas em torno de institutos jurídicos aplicáveis à espécie sob exame, em vão será o esforço desenvolvido pelos Recorrentes, se não vier a atender a pressuposto indispensável, na interposição do recurso especial, qual seja o da demonstração clara, precisa e objetiva da violação aos dispositivos legais supostamente malferidos pelo acórdão recorrido.

Por paradoxal que parece, é o que ocorre no caso **sub judice**. Em suas alentadas razões recursais, os Recorrentes abstiveram-se de fazer a demonstração de como e de que forma o aresto hostilizado teria vulnerado disposições de lei federal, que são mencionadas apenas **en passant** e não foram, de outra parte, sequer ventiladas no **decisum** vergastado.

Assim, diante de tais digressões, não há como conhecer do recurso, sob o primeiro dos fundamentos.

Do mesmo modo, não colhem êxito, os Recorrentes, em relação ao pretenso dissídio jurisprudencial.

Ainda que não venha explicitado que o recurso é interposto sob este fundamento, os Recorrentes extraem sucintos trechos de algumas decisões judiciais, supostamente conflitantes com o acórdão recorrido, daí sendo possível inferir que pretendem identificar divergência jurisprudencial entre eles.

Sem sucesso, todavia, porque não conseguem, em primeiro lugar, demonstrar o dissídio pretoriano, de forma analítica, nos moldes exigidos pelo parágrafo único do artigo 541 do CPC, isto é, mencionando, com precisão, as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados. Além disso, limitam-se a pinçar resumidos excertos de precedentes paradigmáticos, que não se prestam, a rigor, para configurar a pretensa incongruência entre os julgados. Basta conferir o contexto das razões recursais, mais recheadas de citações doutrinárias do que de precedentes jurisprudenciais. O primeiro destes, trazido à colação, refere-se, em apertada síntese, à ilegitimidade de autores de ação popular, quando postulam a declaração de lei municipal, do que não se cuida, no caso, uma vez que é de ato administrativo da Mesa da Câmara que se trata (fls. 454/455).

Afora este julgado, seguem-se outros do STJ, dos quais foram retirados pequenos trechos, que não demonstram, por si só, guardar similaridade com o **decisum** hostilizado. Assim, no acórdão citado à fl. 471, a ação popular foi intentada, diferentemente, contra o Município e Vereadores, considerando-se dispensável, por outras razões, a citação da Câmara, na qualidade de litisconsorte necessária, não podendo a falta desta formalidade, servir de causa de nulidade do acórdão. Na mesma linha, seguem-se as transcrições de mais dois abreviadíssimos tópicos de acórdãos deste Tribunal, assim expostos: a) – “Ilegitimidade passiva. Acerto da decisão que a proclama, a fundo de que, pelas obrigações jurídicas impostas à Câmara Municipal, responde em juízo o próprio Município”. b) “... No processo civil brasileiro, a legitimidade **ad causam** reserva-se, em regra, às pessoas (físicas ou jurídicas), na ação em que o servidor da Câmara Municipal reclama remunerações de que se julga titular, a relação processual trava-se entre o funcionário e o Município”. (fl. 472).

Como se vê, a toda evidência, estas simples transcrições não indicam tratar-se de hipóteses cujos suportes fáticos e jurídicos sejam idênticos, mas afiguram-se, ao contrário, diversas. De sua vez, não cuidaram, os Recorrentes, de demonstrar em que pontos reside a alegada divergência, contentando-se em afirmar que “é claro demais para merecer outras considerações”, e acrescentando ser “o provimento da apelação” de rigor (fl. 472).

Em relação ao mérito, nenhum precedente jurisprudencial foi indicado como paradigma.

Não fossem todos estes óbices apontados, cumpre acrescentar, ainda, que os recursos especiais não passam de simples cópias, reproduzidas **ipsis litteris** das razões da apelação (fls. 200/244).

Ora, como é cediço, “o recurso que, limitando-se a repisar os argumentos apresentados, nas instâncias precedentes, persevera na incompreensível articulação do direito buscado, não se mostra apto à apreciação pela via do recurso especial.” (Agr. no Ag. Inst. n. 307.957-RJ, DJ de 4.9.2000).

Diante do exposto, em preliminar, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 316.755 – RJ

(Registro n. 2001.0040498-7)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Município do Rio de Janeiro
Procuradores: Cláudia Braga de Lafonte Bulcão e outros
Recorrida: Alta Tecnologia Médica Ltda ATM
Advogados: Marcos Tinoco Falcão e outro

EMENTA: Administrativo – Edital de licitação – Exigência de apresentação de atestados comprobatórios de prestação anterior de serviço idêntico ou similar ao do objeto da licitação, acompanhados de empenho, ordem de serviço ou nota fiscal – Mandado de segurança – Ilegalidade do ato – Reconhecimento, em sede de apelação – Recurso especial – Acórdão recorrido incensurável – Improvimento.

Na realização de licitação, se do edital, no item relativo à apresentação de documentos para comprovar a qualificação técnica, são estabelecidas outras exigências não previstas na legislação de regência (artigo 30, inciso II, da Lei n. 8.666/1993), configura-se ilegalidade a ser reparada pela via do mandado de segurança.

Recurso improvido.

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, 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, 7 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 20.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Cuida-se, na espécie, de mandado de segurança impetrado originariamente pela ATM – Alta Tecnologia Médica Ltda contra ato do Presidente da 4ª Comissão Permanente de Licitação da Secretaria Municipal de Saúde do Município do Rio de Janeiro, que estabeleceu exigências descabidas no edital de licitação, quanto ao item relativo à comprovação de qualificação técnica.

Julgado improcedente o pedido e denegada a segurança, a Impetrante interpôs recurso apelatório, que restou provido pela Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao fundamento basilar de que: a) constitui exigência ilegal, a da “apresentação de atestados comprovando já ter o licitante prestado serviço idêntico ou similar ao objeto da licitação, acompanhados de empenho, ordem de serviço ou nota fiscal, que comprove a execução do mesmo”; b) “a exigência dos documentos mencionados no edital, acompanhando os atestados previstos em lei, constitui excesso que não garante, ademais, a capacitação técnico-profissional almejada. Prova, apenas, a prestação de serviço anterior” (fl. 129).

Irresignado, o Município do Rio de Janeiro interpôs recurso especial, com fundamento na letra a do permissivo constitucional, sobre alegar violação ao artigo 30, inciso II, da Lei n. 8.666, de 1993 (fls. 137/151).

Sem contra-razões, o recurso foi admitido na origem (fls. 170/173), subindo os autos a esta Instância.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, o artigo 30, inciso II, da Lei n. 8.666/1993, sobre a violação do qual se discute, foi expressamente prequestionado no acórdão recorrido. Por esta razão, conheço do recurso, pelo único fundamento da alínea **a** do permissivo constitucional.

Isto posto, no que tange ao mérito, entendo que o nó górdio da questão a ser dirimida reside em saber se o edital de licitação, ao estabelecer as regras para a qualificação dos licitantes, incluindo exigência complementar, não prevista explicitamente na Lei de Licitações, ou seja, documentos comprobatórios do empenho, ordem de serviço ou nota fiscal correspondentes à execução dos serviços idênticos ou similares ao do objeto do processo licitatório, incidiu em ilegalidade passível de nulidade, sanada pela concessão da segurança.

O Tribunal **a quo** reconheceu a ilegalidade do ato e concedeu a ordem, para restabelecer a liminar anteriormente deferida.

Sustenta o Município do Rio de Janeiro que esta decisão violou o disposto no artigo 30, inciso II, da Lei n. 8.666/1993, alegando, em síntese, ser perfeitamente legítimo o estabelecimento de tal exigência, por se tratar da única forma de comprovar a experiência anterior da licitante, na prestação do serviço objeto do certame, eis que, sendo lícito exigir-se documentação comprobatória da qualificação técnica, cabível também exigir comprovação da experiência anterior. Invoca em prol da tese defendida opiniões doutrinárias e precedentes jurisprudenciais, concluindo que é notória a legalidade da exigência formulada no referido item do edital.

Não se me afigura merecedora de censura, todavia, a decisão hostilizada, em cujo voto-condutor foi adotada interpretação suscinta, mas escorreita e segura, conforme se depreende do seu contexto, **in expressis**:

“A Divisão de Preparo de Licitação da Secretaria Municipal de Saúde tornou público o *edital* referente à Tomada de Preços n. 174/978, da 4ª CPI, tendo por objeto licitatório a prestação de serviços para manutenção preventiva e corretiva e emergencial das estufas e autoclaves do Instituto Municipal de Assistência à Saúde Juliano Moreira, fazendo constar do subitem 2.2.2. exigências pertinentes à *qualificação técnica*, dentre as quais,

‘2.2.2 Apresentação de 2 (dois) atestados comprovando o

licitante já ter executado prestação de serviço idêntico ou similar ao do objeto da licitação devidamente averbado pela entidade profissional competente, acompanhados de empenho, ordem de serviço ou nota fiscal que comprove a execução do mesmo.'

Ora, tal exigência esbarra no artigo 30, inciso II, da Lei n. 8.666/1993 que estabelece, **in verbis**:

'Artigo 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á:

.....
 II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com objeto da licitação, e indicação das instalações, do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos. (fls. 19/20)'

A seguir, dispõe o § 1º do pré-citado artigo 30 da lei em foco:

'§ 1º. A comprovação de aptidão referida no inciso I do **caput** deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obra e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes...'

Não há lugar, portanto, para os empenhos, ordens de serviço e notas fiscais...

E como se não bastasse, o § 1º do artigo 3º da mesma lei estabelece, em definitivo, que:

'Artigo 3º.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou

distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objetivo do contrato.’

Logo, os ‘complementos’ exigidos no edital são ‘impertinentes ou irrelevantes para o específico objetivo do contrato’, por isso que deferida foi a *liminar* para propiciar a participação da ora apelante no certame, sem a apresentação dos mesmos.” (fls. 130/131).

De fato, o texto do dispositivo legal não deixa margem a dúvidas quanto à limitação imposta para apresentação dos documentos que devem ser apresentados na qualificação técnica dos licitantes. As exigências para a qualificação técnica estão previstas de forma expressa, não podendo a Administração Pública exorbitar dos seus limites, como ocorreu no caso presente, em que foi exigida a comprovação de empenho, ordem de serviço ou nota fiscal dos serviços idênticos ou similares prestados anteriormente.

Ao tecer comentários sobre o dispositivo legal em discussão, **Antônio Roque Citadini** alerta:

“A legislação trata de forma mais detalhada a matéria no que diz respeito à qualificação técnica dos participantes da licitação, procurando limitar as possibilidades de o administrador criar obstáculos objetivando reduzir o universo de participantes e ferir a própria essência da competitividade. Pela lei – até por respeito às normas constitucionais – o gestor público deve garantir a mais ampla participação na disputa licitatória, reduzindo as exigências técnicas àquelas, absolutamente indispensáveis para a execução do objeto licitado.” (in Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas, p. 258).

Aqui mesmo, no âmbito desta Corte, em voto magistral, o eminente Ministro José Delgado já deixou assinalado:

“1. A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à Administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo.

2. O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia

decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo da repercussão para a configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, de capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal.” (MS n. 5.779-DF, DJ de 26.10.1998).

Dentro desta mesma linha de compreensão, entendo que o ato editalício, na hipótese, exorbitou dos limites, ao estabelecer exigências para a qualificação técnica da licitante, que não estavam previstas na Lei de Licitação, razão pela qual não encontro motivação jurídica para reformar a decisão recorrida.

Nego provimento ao recurso.