

Jurisprudência da Primeira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 416.211 — PR (2002/0016636-2)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Odebrecht Comércio e Indústria de Café Ltda

Advogados: Romeu Saccani e outros

Recorrido: Instituto de Pesos e Medidas do Paraná — Ipem

Advogados: Roberto André Oresten e outros

EMENTA

Processual Civil e Administrativo — Recurso especial — Não-recepção pela CF/1988 dos arts. 3º e 9º da Lei n. 5.966/1973 — Matéria de índole constitucional — Violação aos arts. 3º, alíneas **d**, **e** e **f**, 5º e 9º da Lei n. 5.966/1973 — Inexistência — Resolução do Conmetro e portaria do Inmetro — Fundamento na Lei n. 5.966/1973 e no CDC — Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

1. É inadequada a via do especial para a apreciação de suposta não-recepção de dispositivos legais pela Constituição Federal de 1988, pois tal resultaria em usurpação da competência do Pretório excelso.

2. Não há ilegalidade na Resolução n. 11/1988 do Conmetro e na Resolução n. 74/1995 do Inmetro, por se tratarem de atos que estabelecem normas e critérios para efetivar a política nacional de metrologia, nos termos da Lei n. 5.966/1973.

3. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor veda a introdução no mercado de consumo de qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes (art. 39, VIII).

4. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Delgado e Luiz Fux. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 04 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ de 31.05.2004

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto por Odebrecht Comércio e Indústria de Café Ltda contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4^a Região, em apelação cível, que manteve a sentença denegatória da segurança impetrada pela recorrente, em que se pretendia a inexigibilidade das multas impostas por autos de infração emanados do Instituto de Pesos e Medidas do Paraná — Ipem. O aresto restou assim ementado (fl. 270):

“Administrativo. Pesos e medidas. Lei n. 5.933/1973, arts. 3^o e 9^o. Constitucionalidade. Portarias do Inmetro. Legalidade.

Não fere o princípio da legalidade o fato de a lei atribuir à posterior normatização administrativa detalhes técnicos, que até por necessitarem de um conhecimento técnico-científico apurado, que evoluiu rapidamente e necessita de atualizações constantes, encontram nesta a melhor forma de serem regulamentados.

As portarias editadas pelo Inmetro são plenamente legais, já que este integra o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, cuja finalidade é formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação da qualidade de produtos industriais, podendo tomar as medidas necessárias para cumprir suas funções, inclusive as normativas”.

Em suas razões de recurso especial, fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, a recorrente alega que houve contrariedade aos arts. 3^o, alíneas **d**, **e** e **f**, 5^o e 9^o da Lei n. 5.966/1973, sustentando a ilegalidade das delegações efetuadas pelo Conmetro (Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial) ao Inmetro (Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial), o que importa na incompetência normativa deste órgão. Aduz que os arts. 3^o e 9^o da Lei n. 5.966/1973 não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, em razão dos princípios insculpidos no art. 5^o, II, XXII, XXXIX e XLVI da Carta Magna; por esse motivo, sustenta que são inconstitucionais e inaplicáveis a Resolução n. 11 do Conmetro e a Portaria n. 74 do Inmetro. Defende a ilegalidade das exigências realizadas com base nas portarias editadas pelo Inmetro, pois invadem a competência exclusiva e indelegável atribuída ao

Conmetro. Afirma que o Inmetro foi legalmente instituído como órgão executivo, não possuindo competência normativa regulamentar. Sustenta a ilegalidade dos itens 4.1, alínea **a** e 4.2 da Regulamentação Metroológica aprovada pela Resolução n. 11/1988, bem como da Portaria n. 74 do Inmetro, por contrariarem os termos da Lei n. 5.966/1973, razão pela qual pugna pelo afastamento da aplicação de qualquer penalidade que lhe for imposta com fundamento nestes atos administrativos. Requer o provimento do recurso, com a concessão da segurança impetrada.

Devidamente intimada, a parte recorrida deixou transcorrer **in albis** o prazo para a apresentação de contra-razões.

Em seguida, o recurso especial foi admitido pelo Tribunal **a quo**.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda (Relatora): Preliminarmente, cumpre ressaltar não competir a esta Corte Superior a análise de questão de índole constitucional, como a alegada não-recepção dos arts. 3^o e 9^o da Lei n. 5.966/1973 pela Constituição Federal de 1988. Assim, é inadequada a via do especial para a apreciação desta matéria, pois tal resultaria em usurpação da competência do Pretório excelso. Portanto, não se conhece do recurso especial quanto a este tópico.

Quanto à suposta violação aos arts. 3^o, alíneas **d**, **e** e **f**, 5^o e 9^o da Lei n. 5.966/1973, presentes os requisitos de admissibilidade, cabe examinar a irresignação. Todavia, em que pese as razões expendidas pela recorrente, a pretensão recursal não logra perspectiva de êxito.

O aresto recorrido, ao reconhecer a legalidade da Portaria n. 74/1995 baixada pelo Inmetro — Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, decorrente da competência atribuída a este órgão pelo Conmetro — Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, não contrariou o previsto na Lei n. 5.966/1973.

O supracitado diploma legal instituiu, em seu art. 1^o, o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, “com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. Parágrafo único: integrarão o sistema de entidades públicas ou privadas que exerçam atividades relacionadas com metrologia, normalização industrial e certificação da qualidade de produtos industriais”.

O art. 2º da Lei n. 5.966/1973 criou o Conmetro e sua competência foi estabelecida no art. 3º, **verbis**:

“Art. 3º — Compete ao Conmetro:

a) formular e supervisionar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação da qualidade de produtos industriais, prevendo mecanismo de consulta que harmonizem os interesses públicos das empresas industriais do consumidor;

b) *assegurar a uniformidade e a racionalização das unidades de medida utilizadas em todo o território nacional;*

c) estimular as atividades de normalização voluntária no País;

d) *estabelecer normas referentes a materiais e produtos industriais;*

e) *fixar critérios e procedimentos para certificação da qualidade de materiais e produtos industriais;*

f) *fixar critérios e procedimentos para aplicação das penalidade no caso de infração a dispositivo da legislação referente à metrologia, à normalização industrial, à certificação da qualidade de produtos industriais e aos atos normativos dela decorrentes;*

g) coordenar a participação nacional nas atividades internacionais de metrologia, normalização e certificação de qualidade”. (Grifos não constantes da versão original).

Assim, diferentemente do que alega a recorrente, a Resolução n. 11/1988 do Conmetro não contrariou o disposto na Lei n. 5.966/1973, pelo contrário, estabeleceu normas e critérios para efetivar a política nacional de metrologia, autorizando o Inmetro a expedir atos normativos metrológicos e estabelecer a maneira como devem ser executadas as medições, as tolerâncias permitidas em relação a estas medições, as exigências metrológicas e as regras gerais sobre fiscalização das medidas e dos instrumentos de medir.

De conseqüência, não há que se falar em ilegalidade da Portaria n. 74/1995 do Inmetro, pois através desta foi regularmente estabelecido o Regulamento Técnico Metrológico, fixando-se “critérios para a verificação do conteúdo líquido de produtos pré-medidos com conteúdo nominal igual, e comercializados nas grandezas de massa e volume” (Portaria n. 74/1995, art. 1º).

Em casos análogos, já houve pronunciamento deste Pretório:

“Processual Civil e Administrativo — Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial — Competência — Portaria n. 74/

1995 — Legalidade — Recurso especial — Matéria constitucional — Não-conhecimento.

Incabível a apreciação, em sede de recurso especial, de questões de índole eminentemente constitucional.

O Conmetro, usando de sua competência normativa e atribuições legais, em consonância com o disposto nas alíneas **a** e **c** dos itens 4.1 e 4.2 do Regulamento, concedeu ao Inmetro atribuição de expedir atos normativos metrológicos, necessários à implementação de suas atividades, com amparo na Resolução n. 11/1988 e art. 39, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

É legítima a edição pelo Inmetro da Portaria n. 74/1995, que dispõe sobre exames quantitativos de mercadorias e critérios para verificação do conteúdo líquido e do conteúdo nominal dos produtos comercializados nas grandezas de massa e volume, porquanto este órgão não extrapolou os limites de sua competência.

Recurso parcialmente conhecido, mas improvido”.

(REsp n. 423.274/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 26.08.2002)

“Administrativo. Recurso especial. Art. 105, Inciso III, **a** e **c**, da Constituição da República. Conmetro. Competência para estabelecer critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas referentes à metrologia. Recurso especial provido.

Da análise dos arts. 3^ª, alínea **f**, e 9^ª, da Lei n. 5.966, de 11 de dezembro de 1973, que instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, conclui-se que a imposição de multa pela Resolução n. 02/1982 do Conmetro não violou o princípio da reserva legal, uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais.

Divergência jurisprudencial não demonstrada.

Recurso especial provido pela alínea **a**”.

(REsp n. 273.803/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 19.05.2003)

Por fim, cumpre transcrever trecho do parecer do douto representante do Ministério Público Federal em segundo grau de jurisdição, adotado como razão de

decidir pelo voto condutor do aresto recorrido, que opinou no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor também serve de substrato jurídico para as Portarias editadas pelo Inmetro (fl. 268), argumento este que não foi refutado pela recorrente em suas razões:

“Ressalta-se que não apenas a Lei n. 5.966/1973 confere base jurídica a essas portarias, mas também o Código de Defesa do Consumidor o faz. Ao tratar das práticas abusivas dos fornecedores, estabelece no art. 39, VII, que:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas:

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial — Conmetro;

Com efeito, seria até desnecessária a Lei n. 5.966/1973 para assegurar a legalidade das portarias do Inmetro, já que perfeitamente adequadas aos preceitos da lei tutelar do consumidor, que por si só lhe dá amparo legal”.

Diante do exposto, o recurso merece ser parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 440.148 — PR (2002/0063050-4)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Itaipu Binacional

Advogados: Eduardo Antonio Lucho Ferrão e outros

Recorrida: Ouro Verde—Transporte e Locação Ltda

Advogados: Carlos Mário da Silva Velloso Filho e outros

EMENTA

Administrativo. Itaipu Binacional. Contrato de prestação de serviços de transporte rodoviário. Reajustamento. Legalidade. Plano Collor. Aplicação da lei brasileira. Decreto-Lei n. 2.300/1986. Ofensa ao art. 535 do CPC repelida.

1. Tratam os autos de ação ordinária proposta por Ouro Verde — Transportes e Locações Ltda contra Itaipu Binacional em razão de contrato firmado para prestação de serviços de locação de veículos referente ao período de janeiro a dezembro de 1990. Alegou-se que a MP n. 154/1990 proibiu, por tempo indeterminado, quaisquer reajustes de preços, mercadorias e serviços em geral, sem prévia autorização em portaria do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento. Pela Portaria n. 239/1990, os preços foram descongelados e liberados os reajustes objeto do contrato. A Itaipu, no entanto, teria eliminado as variações intercorrentes entre fevereiro e março e entre março e abril de 1990, frustrando o descongelamento e os efeitos do contrato. O juízo de primeiro grau acolheu parcialmente os pedidos nos seguintes termos: a) reconheceu serem devidas as diferenças referentes ao período compreendido entre maio e dezembro de 1990, condenando a Itaipu ao pagamento de R\$ 8.510.763,90 (principal — oito milhões quinhentos e dez mil, setecentos e sessenta e três reais e noventa centavos), acrescido de R\$ 1.531.937,41 (juros — um milhão quinhentos e trinta e um mil novecentos e trinta e sete reais e quarenta e um centavos); b) sobre o valor principal aplicou juros de 6% ao ano e correção monetária, a partir da realização da perícia; c) sobre os juros determinou a incidência apenas de correção monetária, também a partir da perícia; d) julgou improcedente o pedido de aplicação da multa de 5%; e) arbitrou os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação. Interposta apelação pela Itaipu, o TRF/4ª Região manteve a sentença. Opostos embargos de declaração, foram os mesmos rejeitados. Nesta via recursal, a Itaipu alega, além de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 535, II, 165, 458, II, 459, 128, 460, 515, 130, 332, 471 e 473 do CPC; 9º, § 2º, do DL n. 4.657/1942 (LICC); 55 do DL n. 2.300/1986; 1º da Lei n. 6.899/1981; e 945 do CC. Contra-razões manifestadas pela manutenção do aresto atacado.

2. O julgador não tem o dever de discorrer esgotadamente sobre os regramentos legais existentes e nem está obrigado a responder a todos os questionamentos das partes se já encontrou motivo suficiente para fundamentar a sua decisão. A conclusão do julgamento em sentido oposto ao almejado pela recorrente não conduz à hipótese de omissão. Violação ao art. 535, II, do CPC, que se repele.

3. Ausência de violação dos arts. 165, 458, II, e 459 do CPC, tendo o acórdão cumprido o princípio da obrigatoriedade da motivação das

decisões judiciais. Examinou as questões nucleares e explicitou as razões pelas quais firmou as conclusões anunciadas.

4. Negativa de infringência dos arts. 128, 460 e 515 do CPC. Todas as questões centrais de mérito foram satisfatoriamente decididas, inexistindo qualquer vício grave de ordem formal que macule o **decisum** em questão.

5. Não há vulneração dos arts. 130, 332, 471 e 473 do CPC. A contestação foi explícita em defender, exclusivamente, a validade da aplicação do Plano Collor ao contrato em execução.

6. A Itaipu Binacional, por ser empresa sediada em Brasília e Assunção, submete-se à lei brasileira que regula as obrigações decorrentes dos contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas e residentes no Brasil, nos termos do art. XIX do Tratado que a instituiu e art. 9º, § 2º, da LICC. Daí, a incidência das normas pertinentes ao procedimento da licitação e aos contratos administrativos constantes do DL n. 2.300/1986, em vigor na época da prestação dos serviços objeto da presente lide. Precedente: REsp n. 215.988/PR, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 12.11.2001.

7. O acórdão não cuidou dos arts. 55, I, e §§ 5º e 6º do DL n. 2.300/1986, 1º, § 1º, da Lei n. 6.899/1981 e 945 do Código Civil. Ausência de prequestionamento a respeito. Incidência da Súmula n. 282-STF.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Sustentaram oralmente os Drs. Edson Queiroz Barcelos Júnior, pela recorrente, e Sérgio Carvalho, pela recorrida.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial (fls. 3.176/3.209) com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal de 1988, interposto por Itaipu Binacional em face de acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, assim ementado (fl. 3.161):

“Administrativo. Contrato de prestação de serviços. Itaipu Binacional. Reajustamento. Plano Collor.

A empresa binacional Itaipu está subordinada à legislação brasileira, por força do tratado internacional, promulgado pelo Decreto n. 72.707/1973.

In casu, incide o disposto no Decreto-Lei n. 2.300/1986, vigente à época da prestação de serviços, que admite alteração nos contratos somente por consenso das partes, à exceção das cláusulas denominadas regulamentares ou de serviços, não podendo haver alteração unilateral do contrato em relação à equação encargo-remuneração, ou ainda, à equação econômico-financeira, em prejuízo do contratante particular.

A Itaipu Binacional não pode efetuar o pagamento dos respectivos contratos sem o devido reajuste, valendo-se da Lei n. 8.030/1990 — Plano Collor.”

Opostos embargos de declaração (fls. 3.165/3.168) pela ora recorrente, os mesmos restaram assim espelhados (fl. 3.174):

“Processual Civil. Embargos de declaração. Rejeição.

A lei processual define, com clareza, as hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios — contradição, obscuridade ou omissão —, pelo que, excluídas tais, não há falar em embargos de declaração.”

Tratam os autos de ação ordinária proposta por *Ouro Verde — Transportes e Locações Ltda* contra *Itaipu Binacional* em razão de contrato firmado para prestação de serviços de locação de veículos — com e sem motoristas — referente ao período de janeiro a dezembro de 1990, mediante preço de aluguel variável em função de diversos elementos e sujeito também à correção monetária submetida a fórmulas financeiras definidas nos respectivos ajustes. No entanto, a MP n. 154, de 15 de março de 1990, veio a proibir, por tempo indeterminado, quaisquer reajustes de preços, mercadorias e serviços em geral, sem prévia autorização em Portaria do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento. Pela Portaria n. 239, de 03 de maio de 1990, os preços foram descongelados e, conseqüentemente, liberados os reajustes objeto do contrato. A Itaipu, no entanto, segundo a *Ouro Verde*, teria eliminado as variações intercorrentes entre fevereiro e março e entre março e abril de 1990, frustrando o descongelamento e os efeitos do contrato celebrado, sendo este, no essencial e em resumo, o cerne da controvérsia.

A exordial requereu: a) a complementação do valor devido pelos serviços prestados entre maio e dezembro de 1990; b) o reconhecimento de violação do contrato para compelir a ré ao cumprimento das obrigações contratuais assumidas, mediante a complementação do preço pago a menor; c) incidência de correção monetária, multa contratual equivalente a 5% e demais verbas de sucumbência.

O juízo de primeiro grau acolheu parcialmente os pedidos (fls. 3.061/3.078), nos seguintes termos: a) reconheceu serem devidas as diferenças referentes ao período compreendido entre maio e dezembro de 1990, condenando a Itaipu ao pagamento de R\$ 8.510.763,90 (principal — oito milhões quinhentos e dez mil, setecentos e sessenta e três reais e noventa centavos), acrescido de R\$ 1.531.937,41 (juros — um milhão quinhentos e trinta e um mil novecentos e trinta e sete reais e quarenta e um centavos); b) sobre o valor principal aplicou juros de 6% ao ano e correção monetária, ambos a partir da realização da perícia; c) sobre os juros determinou a incidência apenas de correção monetária, também a partir da perícia; d) julgou improcedente o pedido de aplicação da multa de 5%; e) arbitrou os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação.

Interposta apelação pela Itaipu Binacional, o TRF da 4ª Região manteve a sentença por entender que (fls. 3.157/3.160): a) não restou configurado cerceamento de defesa pela prova pericial não realizada, ante o esclarecedor laudo pericial juntado aos autos; b) a apelante não se insurgiu quanto ao não-atendimento dos seus quesitos em momento oportuno e através de recurso próprio; c) em que pese sua natureza binacional, a Itaipu subordina-se às leis brasileiras, nos termos do Decreto n. 72.707/1973, não podendo alterar ou rescindir unilateralmente o contrato em relação à equação encargo-remuneração; d) a MP n. 154, de 15.03.1990, vedou o reajuste de preços de mercadorias e serviços sem autorização do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, sendo o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro determinado pelas Portarias ns. 239, de 05.05.1990, 307, de 1ª.06.1990, 345, de 20.06.1990 e 422, de 24.07.1990; e) a contratante particular (Ouro Verde) tem o direito de perceber os valores dos serviços prestados devidamente corrigidos, descontando-se as quantias já recebidas, uma vez que as partes mantiveram os contratos originais, inclusive as cláusulas de reajustamento de preços, ratificando-as, mesmo após a devida autorização das portarias supracitadas.

Opostos embargos de declaração pela apelante, (fls. 3.165/3.168) foram os mesmos rejeitados.

Nesta via recursal, alega-se violação dos seguintes dispositivos, além de dissídio jurisprudencial:

— Do Código de Processo Civil

Art. 535. “Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou Tribunal”.

Art. 165. “As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.

Art. 458. “São requisitos essenciais da sentença:

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”;

Art. 459. “O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.

Parágrafo único. Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida”.

Art. 128. “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

Art. 460. “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional”.

Art. 515. “A apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1ª Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§ 2ª Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento dos demais.

§ 3ª Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o Tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

Art. 130. “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Art. 332. “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei”.

Art. 473. “É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”.

— Do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (LICC)

Art. 9º “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do País em que se constituírem.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

— Do Decreto-Lei n. 2.300/1986

Art 55. “Os contratos regidos por este decreto-lei poderão ser alterados nos seguintes casos:

I - unilateralmente, pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por este decreto-lei;

§ 5º Quaisquer novos tributos ou novos encargos legais que venham a ser criados, alterados ou extintos, após a assinatura do contrato e, comprovadamente, reflitam-se nos preços contratados implicarão na revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º O acréscimo ou redução de tributos e novas obrigações legais que se reflitam, comprovadamente, nos preços contratados, implicará na sua revisão, para mais ou para menos, conforme o caso”.

— Da Lei n. 6.899/1981

Art 1º “A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.

§ 1º Nas execuções de títulos de dívida líquida e certa, a correção será calculada a contar do respectivo vencimento”.

— Do Código Civil

Art. 945. “A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento.

§ 1º Ficará, porém, sem efeito a quitação assim operada se o credor provar, dentro de sessenta dias, o não-pagamento.

§ 2º Não se permite esta prova, quando se der a quitação por escritura pública”.

Aponta como fundamentos do seu recurso: a) a omissão do acórdão (art. 535, CPC) na apreciação das questões relativas ao cerceamento de defesa em face da ausência de resposta a quesitos formulados, não sendo, sob este aspecto, satisfatório o laudo pericial e nem esclarecedor; b) a existência de impugnação da perícia, reclamando-se na apelação o seu complemento mediante conversão do julgamento em diligência; c) a existência de impugnação também quanto aos índices utilizados para março (84,32%) e abril (44,80%) de 1990; d) a falta de manifestação do Tribunal acerca do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, sendo o tema fundamental para o desate do feito; e) a ausência de pronunciamento sobre a data da execução das prestações e a data de cálculo do reajuste; f) a suspeição do perito, em virtude do pedido deste para que seus honorários fossem posteriormente fixados, com base no valor apurado; g) a falta de fundamentação do julgado **a quo** (arts. 165, 458, II, e 459, CPC), que deixou de se manifestar acerca de temas imprescindíveis à solução da lide; h) o julgamento **citra petita** em razão, entre outras coisas, da não-realização de perícia que visava demonstrar a redução dos custos da prestadora dos serviços (arts. 128, 460 e 515 do CPC); i) a ausência de produção satisfatória de prova e a falta de apreciação do seu pedido de complementação, não tendo ocorrido a preclusão (arts. 130, 332, 471 e 473 do CPC); j) a não-submissão da recorrente às normas brasileiras, particularmente às relativas a licitações, ante o seu regime jurídico peculiar (art. 9º, § 2º, da LICC); l) caso fosse aplicável a legislação brasileira, haveria a possibilidade de efetivar reajustes para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo na proporção de aumento ou redução de encargos, podendo os valores serem reduzidos e não apenas aumentados (art. 55, I, e §§ 5º e 6º, do Decreto-Lei n. 2.300/1986); m) relativamente à incidência da correção monetária, a violação do art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.899/1981, pela não-apresentação à recorrente das faturas relativas aos reajustes desejados pela recorrida; n) o saque das

duplicatas realizado pela recorrente, embora considerasse incorreto o valor nelas especificado (art. 945 do CC de 1916).

Em suas contra-razões (fls. 3.273/3.288), a Ouro Verde Transportes e Locações Ltda aduz: a) a incidência da censura das Súmulas ns. 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto busca-se o reexame e reinterpretação de contrato e a análise da prova pericial; b) que a perícia não foi malfeita, pois elaborada, complementada e esclarecida ao longo de dois anos; c) que há diferença entre o valor pago e o valor devido, como anotado pela sentença; d) que não houve maltrato ao art. 535, II, do CPC e nem aos demais dispositivos legais invocados pela recorrente; e) que a questão já foi resolvida pelo STJ em caso análogo — REsp n. 215.988/PR — Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros — onde assentado, em face de contrato de prestação de serviço de transporte, a incidência das normas pertinentes ao procedimento da licitação aos contratos administrativos, constantes do DL n. 2.300/1986, vigente à época da prestação.

Manifestado, concomitantemente, recurso extraordinário pela Itaipu Binacional (fls. 3.235/3.261).

A Vice-Presidência do TRF da 4ª Região, às fls. 3.301/3.302 e 3.303/3.304, admitiu ambos os apelos nobres.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): O recurso merece ser parcialmente conhecido.

Examino o mérito recursal.

A recorrente alega, em fase preliminar, violação do art. 535, II, do CPC.

Segundo o seu entendimento, o acórdão não se pronunciou sobre pontos essenciais ao julgamento da lide, quais sejam:

a) sobre a ausência de produção de prova acerca de fato impeditivo do direito da recorrida, haja vista que foi alegado ter o Plano Collor permitido benefícios econômicos à recorrida que compensariam o valor correspondente ao reajuste, fato que só a perícia requerida podia demonstrar;

b) sobre a impugnação dos índices adotados para março (84,32%) e abril (44,80%) de 1990, tendo em vista que a exclusão (ou não) dos mesmos repercute diretamente no suposto montante devido pela ora recorrente;

c) não houve manifestação acerca da necessidade de se considerar, para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, os benefícios auferidos pelo particular no período em questão;

d) idem sobre a divergência entre a data de execução das prestações e a data de cálculo do reajuste;

e) idem sobre a ausência da conduta exigida da recorrida pelo contrato e que era necessária para a obtenção do pagamento do reajuste.

Examino a pretensão acima identificada.

A parte recorrida, em sua petição inicial, formulou pedido assim exposto: condenação da ré (ora recorrente) a pagar a complementação do preço pago a menor, em razão dos contratos firmados, conforme apurado em perícia regular, monetariamente corrigida ou atualizada até a data do efetivo pagamento, acrescido de juros moratórios, multa contratual no equivalente a 5% (cinco por cento) sobre os valores não solvidos oportunamente e que correspondem à condenação principal, além de responder pelas verbas alusivas à sucumbência processual, em especial honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

O acórdão recorrido, ao examinar a sentença, decidiu:

a) inexistir dúvida sobre a subordinação da Itaipu Binacional às leis brasileiras;

b) em consequência, incidirem, no litígio em exame, as normas relativas ao procedimento licitatório do nosso ordenamento jurídico;

c) ser impossível à Administração alterar ou rescindir unilateralmente o contrato em relação à equação encargo-remuneração ou, ainda, à equação econômico-financeira, em prejuízo do contratante particular, mesmo no caso de demonstrar que será prejudicial ou inútil à comunidade;

d) no caso dos autos, a Medida Provisória n. 154 e a Lei n. 8.030/1990, ao estabelecerem o Plano Collor, embora tenham vedado o reajuste de preços com base em variação de índices setoriais anteriores a março de 1990 e genéricos anteriores a abril de 1990, não permitem que a apelante (ora recorrente) se valha da referida medida provisória para fazer vigorar o reajuste devido, para menos, quando do pagamento dos contratos firmados, em face da estabilidade das regras do negócio jurídico.

O fundamento central do acórdão está desenvolvido nos termos seguintes (fls. 3.157/3.160:

“Inicialmente, tenho que o cerceamento de defesa, alegado pela recorrente no que diz respeito à prova pericial não realizada, não ocorreu, isto

frente ao esclarecedor laudo pericial juntado aos autos. Cumpre observar, ainda, que a apelante não se insurgiu, quanto ao não-atendimento dos seus quesitos, em momento oportuno e através de recurso próprio, o que por si só afasta a configuração de cerceamento de defesa.

Não prosperam as razões da apelante, no que tange à não-aplicação das leis brasileiras em decorrência da sua natureza jurídica (binacionalidade).

O tratado internacional, promulgado pelo Decreto n. 72.707/1973, que instituiu e regulamentou a hidrelétrica de Itaipu, em seu art. 4º, dispõe que suas sedes se localizam em Brasília e Assunção. Ainda, o mesmo Decreto, determina, em seu art. 29, que:

‘O foro da Itaipu, relativamente às pessoas físicas e jurídicas domiciliadas ou com sede no Brasil ou Paraguai, será, respectivamente, o de Brasília e o de Assunção. Para tanto, cada alta parte contratante aplicará sua própria legislação, tendo em conta as disposições do presente tratado e de seus anexos.’

Não há, portanto, dúvidas quanto à subordinação de Itaipu às leis brasileiras, nesse caso transcrevo o previsto no art. 9º, § 2º, da LICC:

‘Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do País em que se constituírem.

(...)

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.’

Logo, incidem as normas relativas ao procedimento da licitação e aos contratos administrativos, sendo, no caso em pauta, aplicado o disposto no Decreto-Lei n. 2.300/1986, vigente à época da prestação dos serviços, que admite, nos contratos por ele regidos, somente alteração por acordo das partes, à exceção das cláusulas denominadas regulamentares ou de serviço. Assim, não pode a Administração alterar ou rescindir unilateralmente o contrato em relação à equação encargo-remuneração, ou ainda, à equação econômico-financeira, em prejuízo do contratante particular, mesmo no caso de demonstrar que será prejudicial ou inútil à comunidade.

Essa é lição que se depreende da nossa melhor doutrina:

O reajustamento contratual de preços e de tarifas é a medida convencionalizada entre as partes contratantes para evitar que, em razão das elevações do mercado, da desvalorização da moeda ou do aumento geral de salários no período de execução do contrato administrativo, venha

a romper-se o equilíbrio financeiro do ajuste. Para que não se altere a relação encargo-remuneração em prejuízo do contratado, a Administração procede à majoração do preço, unitário ou global, originariamente previsto para a remuneração de um contrato de obra, serviço ou fornecimento ou da tarifa inicialmente fixada para pagamento de serviços públicos ou de utilidade pública prestados por particulares, em ambos os casos em conformidade com os critérios expressamente estabelecidos no ajuste.

Essa revisão ou reajuste de preços ou de tarifas é conduta contratual autorizada por lei para corrigir os efeitos ruinosos da inflação. Não é a decorrência da imprevisão das partes; ao contrário, é previsão de uma realidade existente, diante da qual o legislador pátrio institucionalizou o reajustamento dos valores contratuais, facultando às partes adotá-lo ou não, segundo as conveniências da Administração, em cada contrato. (**Hely Lopes Meirelles**, in 'Direito Administrativo Brasileiro', 14^a ed., 1989, pp. 192/193)

Nos contratos administrativos com cláusula de reajuste este se reporta a índices oficiais que deverão reproduzir a real modificação deles. À Administração não é dado manipulá-los, ou por qualquer modo viciá-los em detrimento do contratante.

(...)

No que atina aos aspectos relacionados com o equilíbrio financeiro pactuado, procede recolher fundamentalmente as seguintes idéias, de curso corrente e moente no seio de boa fonte doutrinária e jurisprudencial.

I - A equação econômico-financeira é um direito do contratante particular e não lhe pode nem lhe deve ser negado o integral respeito a ela.

II - A Administração há de atuar com boa-fé nos chamados contratos administrativos, pelo que, conforme a citada lição de **Gordillo**, não lhe calha valer-se de expedientes pelos quais se 'proveite de situações legais ou fáticas que a favoreçam em prejuízo do contratante', vez que não está envolvida em negócio lucrativo, mas na busca de um interesse público.

(...)

(**Celso Antônio Bandeira de Mello**, in 'Curso de Direito Administrativo', 9^a ed., 1997, pp. 420 e 422)

No mesmo sentido vem decidindo este Tribunal:

'Tributário. Correção monetária. Demonstrações financeiras. IPC. Exercício financeiro de 1990. Direito adquirido. Lei n. 7.799/1989. Lei n. 8.200/1991.

As regras de indexação monetária têm eficácia imediata, não importando em ofensa a direito adquirido, nem equivalente a majoração de tributo. Uma vez que não constituem matéria de direito tributário, mas de direito financeiro, não se sujeitam aos princípios gerais tributários, inexistindo, assim, ofensa à Constituição e ao Código Tributário Nacional. Lei n. 8.200/1991. AINC na AMS n. 92.04.14994-9/RS. O Plenário deste Tribunal rejeitou a argüição de inconstitucionalidade do art. 3º, inciso I, da Lei n. 8.200/1991.'

(AC n. 95.04.49846-9/RS, Relator Juiz Vladimir Passos de Freitas, DJ de 24.04.1996)

Ademais, este é o caso dos autos, onde a Medida Provisória n. 154 e a Lei n. 8.030/1990, ao estabelecer o chamado Plano Collor, vedaram o reajuste de preços com base em variação de índices setoriais anteriores a março de 1990 e genéricos anteriores a abril de 1990.

Entretanto, apesar da aplicação imediata do art. 1º da Lei n. 8.030/1990, a apelante dela não pode se valer para deixar de aplicar o reajuste devido quando do pagamento dos contratos firmados. O referido dispositivo legal vedou, por tempo indeterminado, a contar da publicação da MP n. 154, de 15.03.1990, quaisquer reajustes de preços de mercadorias e serviços em geral, sem autorização prévia do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento.

Nota-se que, os preços de mercadorias e serviços em geral, só poderiam ser reajustados com autorização do Ministro de Estado, o que veio a ocorrer através das Portarias n. 239, de 05.05.1990, n. 307, de 1º.06.1990, n. 345, de 20.06.1990, e a de n. 422, de 24.07.1990. A edição das portarias determinou que as empresas deveriam promover o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro das contratações.

Nesta linha de raciocínio trago à colação entendimento desta Turma:

'Administrativo. Contrato de prestações de serviços de transporte rodoviário. Itaipu Binacional. Aplicação do IGP-FGV.

1. Proponente do contrato a Binacional Itaipu, cujas sedes, segundo o art. IV do Tratado que a instituiu, localizam-se em Brasília e Assunção, resta patente a aplicação da lei brasileira para regular as obrigações dele surgidas.

2. Incidem na espécie as normas relativas ao procedimento da licitação e aos contratos administrativos contidas no Decreto-Lei n. 2.300/1986, vigente à época da prestação dos serviços objeto da presente ação. Segundo tal diploma, os contratos por ele regidos somente poderiam ser alterados por acordo das partes, à exceção das cláusulas denominadas regulamentares ou de serviço, não podendo alterar a equação encargo/remuneração em prejuízo do contratado.

3. A Itaipu Nacional não pode efetuar o pagamento dos respectivos contratos sem o devido reajuste, valendo-se da Lei n. 8.030/1990 — Plano Collor — que estabeleceu os lineamentos básicos do Plano de Estabilização Econômica.’

(AC n. 94.04.23729-9, Relator Juiz Joel Ilan Paciornik, DJ de 28.10.1998)

Portanto, a contratante particular tem o direito de perceber os valores dos serviços prestados devidamente corrigidos, descontando-se as quantias já recebidas, uma vez que as partes mantiveram os contratos originais, inclusive as cláusulas de reajustamento de preços, ratificando-as, mesmo após a devida autorização das portarias que vieram abrandar o disposto na Lei n. 8.030/1990.”

Essas razões do acórdão são suficientes, a meu pensar, para a solução da lide, pelo que não incidiu em nenhuma omissão.

É de se considerar que o resultado da perícia realizada não foi, oportunamente, impugnado. Incide, na espécie, o fenômeno da preclusão.

Não é de importância para a solução da lide a argumentação da ora recorrente no sentido de que o Plano Collor trouxera benefícios econômicos à recorrida, os quais compensariam o valor correspondente ao reajuste.

Essa matéria não é essencial para o deslinde da questão. Como já explicado, o que se analisa são os efeitos da MP n. 154 e da Lei n. 8.030/1990 sobre o pagamento de serviços contratados para o período de janeiro a dezembro de 1990.

Ainda mais, o acórdão reconheceu que o laudo não tinha vícios, especialmente, porque, embora a perícia tenha sido impugnada, houve conformismo com a decisão que não a mandou complementar.

Destaco, também, que, nos limites da pretensão, a prova pericial não era necessária para a solução da demanda. Esta deverá definir, apenas, se são válidas ou não as cláusulas contratuais originariamente fixadas para o reajuste, em face do Plano Collor.

A questão de o pagamento dos serviços prestados ter sido feito a menor do que o contratado, quanto aos reajustes, está pacificada nos autos.

Não é, também, de natureza nuclear apreciar-se impugnação referente à utilização dos índices de 84,32% e 44,80%. Não há pedido da recorrida a respeito. Inexiste controvérsia, no momento, a ser solucionada sobre o tema.

Situa-se, no mesmo patamar, a questão acerca da data-base para o reajuste. Esse fato é acessório em face da pretensão da recorrida. O que se reivindica é, simplesmente, que as cláusulas de reajuste do preço pactuado para o negócio jurídico, no momento de sua celebração, sejam cumpridas tendo em vista a superveniência do Plano Collor.

Ganham relevo as afirmações supra quando, ao examinar-se a contestação da ora recorrente, em primeiro grau, verifica-se não ter esta tratado dos temas ora pretendidos em sede de embargos de declaração.

A leitura de sua contestação (fls. 347/363):

“II - *As circunstâncias do litígio*

3. É necessário, antes do mais, pôr destaque sobre alguns tópicos do problema, que conduzem à comprovação de que a Autora não tem razão.

4. Deve destacar-se, uma vez mais, a anomalia do regime jurídico aplicável à Itaipu.

4.1. Por força de binacionalidade da constituição de seu capital, a Ré não está sujeita aos dispositivos aplicáveis à Administração direta ou indireta — sejam aqueles dispositivos editados pelo Brasil, sejam o oriundos do Paraguai.

4.2. Apenas para ilustrar, cabe rememorar o Parecer n. L-208, de 22.09.1978, emitido pelo então Consultor-Geral da República, Dr. Luiz Rafael Mayer, e aprovado pelo Presidente da República. Na ementa, lê-se, **verbis**:

‘Submetida, primordialmente, ao regime de direito internacional, nos termos em que estabelecido no competente ato de sua criação, Itaipu somente está sujeita aos procedimentos de tutela representados em controles administrativo ou financeiros, de ordem externa ou interna, constantes das disposições pertinentes dos atos internacionais que a regem, não se lhe aplicando as normas de direito interno, constitucionais ou administrativas, incidentes sobre agentes, entidades ou responsabilidades estritamente compreendidas no âmbito da jurisdição nacional.’

A matéria foi versada pelos doutos, que forneceram pareceres sobre o tema, pacificando o entendimento acerca de figura tão original e sem paralelo no Brasil.

4.3. Isso não significa (nem a Ré assim pretende) excluir a incidência do direito ou colocá-la acima da soberania brasileira.

Significa, por exemplo, a não-aplicação de estatutos tais como o Decreto-Lei n. 2.300 às contratações administrativas.

As regras que estritamente incidiriam sobre contratações administrativas não comportam extensão automática quando Itaipu Binacional participar da avença.

4.4. Não se olvide, porém, que Itaipu busca atuar de modo consentâneo com as orientações políticas emanadas quer do governo brasileiro, como do paraguaio.

Quanto a isso, atua o princípio da revocabilidade dos administradores. A atuação incompatível com as políticas internas de cada um dos dois países acarretaria a intervenção para substituir os administradores.

5. A Ré selecionou a Autora para prestação de serviços.

5.1. Frise-se que essa seleção obedece a parâmetros internos destinados a obter a contratação mais vantajosa para o interesse público. Reitere-se, porém, que não se aplicam as regras do direito interno brasileiro.

Por isso, não cabe um procedimento licitatório semelhante àquele do Decreto-Lei n. 2.300, tal como já destacado acima.

5.2. Houve diversas contratações. Algumas delas destinavam-se, a princípio, a um período determinado (janeiro a março). Depois, decidiu-se renovar a contratação para outros períodos.

5.3. Em 22 de outubro de 1990 foi emitido o Memorando Interno n. I/DFE/ORS-Fl/0599/1990, cujo teor exige transcrição, por ser relevante para a demanda.

Nele se lia o seguinte:

‘Com o presente, estamos encaminhando para apreciação de V. S^a. e aprovação dos Senhores Diretores Financeiro e Financeiro Executivo, as definições prévias, referentes regularizações das locações de veículos no corrente ano, com base nos PS’s da Diretoria Administrativa, conforme abaixo:

— PS’s ns. 0613 e 0681/1990 — (37) trinta e sete veículos, tipo ônibus urbano e rodoviário, pelo período de maio a dezembro/1990.

— PS's ns. 0614 e 0671/1990 — (20) vinte veículos, tipo microônibus, pelo período de abril a dezembro/1990.

— PS's ns. 0615 e 0673/1990 — (25) vinte e cinco veículos, tipo Kombi, pelo período de abril a dezembro/1990.

— PS's ns. 0616, 0672 e 0718/1990 — (45) quarenta e cinco veículos, tipo Kombi, pelo período de janeiro a dezembro/1990.

— PS's ns. 0617 e 06969/1990 — (84) oitenta e quatro veículos, tipo Gol, pelo período de abril a dezembro/1990'.

Em seqüência, foram aprovadas as contratações, emitindo-se as Autorizações de Serviços (AS) correspondentes aos Pedidos de Suprimento (PS).

5.4. Em outros casos, as contratações se haviam iniciado anteriormente a janeiro de 1990. Houve atos sucessivos, determinando a continuidade da execução dos serviços.

5.5. A exposição acima destina-se a evidenciar que, juridicamente, não se pode afirmar como regra a existência de contratações definidas pelo prazo de doze meses.

Há situações distintas, como se extrai da análise dos documentos.

Para comprovar, observem-se algumas das AS's existentes nos autos. As demais apresentam peculiaridades semelhantes.

a) AS n. 0190/1990 (fls. 28 e seguintes): oriunda dos PS's ns. 0616/0672/0718/1990. Originariamente, previu-se contratação no período de janeiro a dezembro de 1990.

b) AS n. 055/1990 (fls. 36 e seguintes): oriunda do PS n. 0935/1989, com prazo de janeiro a março de 1990. Houve suplemento para estabelecer que a locação se faria no período de abril a maio de 1990.

c) AS n. 0057/1990 (fls. 44 e seguintes): oriunda do PS n. 0934/1989. Previa prazo de janeiro a março de 1990.

d) AS n. 0089/1990 (fls. 51 e seguintes): oriunda do PS n. 0055/1990. Previa prazo de janeiro a março de 1990. Houve suplemento estabelecendo dois períodos novos (abril a agosto e setembro a dezembro).

e) AS n. 090/1990 (fls. 60 e seguintes): oriunda do PS n. 0065/1990. Previa prazo de janeiro a março de 1990. Houve suplemento estabelecendo dois períodos novos (abril a agosto e setembro a dezembro).

f) AS n. 0092/1990 (fls. 69 e seguintes): oriunda do PS n. 0056/1990. Previa prazo de janeiro a março de 1990. Houve suplemento

estabelecendo dois períodos novos (abril a agosto e setembro a dezembro).

g) AS n. 0093/1990 (fls. 78 e seguintes): oriunda do PS n. 0062/1990. Previa prazo de janeiro a março de 1990. Houve suplemento estabelecendo dois períodos novos (abril a agosto e setembro a dezembro).

h) AS n. 01001/1990 (fls. 87 e seguintes): oriunda do PS n. 0087/1990. Previa prazo de setembro de 1989 a março de 1990. Houve suplemento estabelecendo novo período de abril a julho de 1990.

i) AS n. 0144/1990 (fls. 95 e seguintes): oriunda do PS n. 0082/1990. Previa prazo de janeiro a março de 1990. Houve suplemento estabelecendo dois períodos novos (abril a agosto e setembro a dezembro).

j) AS n. 0145/1990 (fls. 103 e seguintes): oriunda do PS n. 0083/1990. Previa prazo de janeiro a março de 1990. Houve suplemento estabelecendo dois períodos novos (abril a agosto e setembro a dezembro).

l) AS n. 0146/1990 (fls. 112 e seguintes): oriunda do PS n. 0054/1990. Previa prazo de janeiro a março de 1990. Houve suplemento estabelecendo dois períodos novos (abril a agosto e setembro a dezembro).

m) AS n. 0149/1990 (fls. 121 e seguintes): oriunda do PS n. 0100/1989. Previa prazo de fevereiro a maio de 1989. Houve suplementos estabelecendo diversos períodos novos.

6. Pode-se estabelecer, como regra, que os contratos tinham sido pactuados para o período de janeiro a março de 1990.

6.1. Deve destacar-se que, na ocasião, a economia brasileira passava por um período especialmente delicado. Até mesmo por decorrências políticas, cogitava-se de sérios riscos de desencadeamento de um processo hiperinflacionário.

6.2. De outra parte, as contratações previam condições claras e definidas para pagamento.

Seriam efetivadas medições, até o 25º dia do mês efetivamente trabalhado. Nos cinco dias subsequentes, a ora Autora emitiria suas faturas, promovendo-se em seguida o pagamento. O pagamento seria efetivado à vista ou no prazo de dias (com correção financeira).

6.3. Previu-se, ademais, reajuste de preços, através de uma fórmula dita 'defasada'.

O reajuste seria calculado pela variação de determinados índices. Para definir a variação, seriam considerados o mês anterior ao da medição e o mês anterior ao início dos serviços.

Significava que o reajuste seria aplicado sempre com defasagem de um período. Por exemplo, o reajuste previsto para o mês de abril envolveria a variação até o mês de março.

6.4. É fundamental destacar essa circunstância para definir, desde logo, que a Autora, ao elaborar sua proposta, tinha em vista essas circunstâncias.

De um lado, o risco da hiperinflação.

De outro, a aplicação de reajustes defasados.

Logo, a definição da relação entre encargos e retribuição (equilíbrio econômico-financeiro) formalizou-se segundo essas perspectivas.

7. Em 15 de março, foi decretado o Plano “Brasil Novo”, congelando-se os preços e se comprimindo de modo intenso os custos.

7.1. A Medida Provisória n. 154 determinou o congelamento dos preços, atingindo a contratação com entre as partes.

7.2. A Portaria n. 239, de 02.05.1990, autorizou que fossem repactuados preços de contratos de execução continuada, excluídas as contratações com entidades da Administração direta e indireta (art. 7º e parágrafo único).

7.3. A Portaria n. 307, de 1ª.06.1990, editou regra semelhante, prevendo que as contratações administrativas seriam objeto de regulamentação específica (art. 7ª e parágrafo único).

7.4. A Portaria n. 345, de 20.06.1990, disciplinou as contratações administrativas.

Distinguiram-se três períodos, para fins de reajuste de contratos firmados antes de 15 de março.

O primeiro iria de 1ª até 15 de março, reajustando-se os preços **pro rata tempore**.

O segundo abarcaria o período de 16 de março até 31 de maio de 1990, durante o qual se aplicariam as regras da Lei n. 8.030 (congelamento de preços).

No terceiro, após 1ª de junho de 1990, voltariam a ser aplicadas as regras contratuais.

7.5. Em 24 de julho de 1990, foi editada a Portaria n. 422, que revogou os dispositivos acima referidos.

Determinou que deveria ser promovido o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro das contratações, aplicando-se a via negocial ou judicial.

8. Foram realizados os estudos adequados, confirmando-se que a aplicação dos reajustes contratuais produziria efeitos injustificáveis.

Daí haver sido ofertada à Autora uma determinada solução, a qual não foi aceita.

Com o devido respeito, a proposta da Ré era a única correta.

IV - A liquidação das dívidas

9. Primeiramente, as dívidas se encontravam liquidadas.

9.1. A Autora recebeu os valores. Fê-lo através da emissão de notas fiscais de prestação de serviços, emitidas por valor certo e preciso. Ditas notas fiscais correspondiam a duplicatas, também sacadas pela própria Autora.

Logo, se a Autora entendia insuficiente o pagamento, cabia-lhe sacar os títulos pelo valor correto.

9.2. Tanto mais porque a Autora apôs seu recibo nos títulos representativos da dívida (duplicatas), o que conduz à aplicação do art. 945 do Código Civil, **data venia**.

V - Descabimento do reajuste contratual

10. Como dito, a quase totalidade dos casos envolvia contratações até março de 1990.

Posteriormente, verificou-se a emissão de novos documentos, determinando que a contratação teria continuidade para os meses subseqüentes.

Ocorre que os documentos de renovação do contrato continham indicação expressa e determinada do preço.

O Suplemento de Autorização de Serviço estabelecia, em seu corpo, o valor a ser pago. Previa que o preço do serviço, para o mês de abril, ficava determinado em uma certa importância.

11. Por decorrência, qualquer espécie de reajuste para a Autora teria de ser computado a partir do preço constante no Suplemento da Autorização de Serviço.

A Autora não poderia receber reajuste, para o período posterior à edição do Suplemento de Autorização de Serviço, fundado em variação verificada no período anterior.

12. Logo, em todos os casos em que houve emissão de Suplemento, inexistia cabimento de considerar a variação do mês de março.

O mesmo raciocínio se daria nos casos em que houve fixação de valores definidos para meses determinados, posteriores a março.

VI - *A questão do equilíbrio econômico e financeiro*

13. O litígio se desdobra sobre o conceito e a extensão do equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

Como lecionou **Celso Antonio Bandeira de Mello**, 'Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações, assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá. A equação econômico-financeira é intangível' ('Elementos de Direito Administrativo', RT, 1990, pp. 219-220).

Já **Hely Lopes Meirelles** afirmou que o equilíbrio econômico-financeiro '... é a correlação entre o objeto do contrato e a sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel. Essa correlação deve ser conservada durante toda a execução do contrato...' ('Licitação e Contrato Administrativo', RT, 1990, p. 184).

14. O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação administrativa produz diversas conseqüências.

Entre elas, há os procedimentos de alteração da remuneração devida ao particular, quando eventos subseqüentes acarretem a alteração daquela equação inicial entre encargos e reajuste.

15. Originariamente, aplicava-se a teoria da imprevisão. Tinham-se em vista determinadas circunstâncias, quando efetivada a contratação. Um evento superveniente poderia acarretar alteração relevante das condições anteriores. Em tais casos, o próprio conteúdo dos contratos deveria ser alterado e adaptado, na mesma medida em que o evento superveniente tivesse afetado as condições originais de negócio.

Nesse sentido, pode-se invocar a lição de **Marcello Caetano**, abaixo reproduzida:

‘Mas há factos que sendo estranhos à vontade dos contraentes e imprevistos no momento da celebração do contrato não impedem a sua execução: tornam-na, apenas, tão onerosa que o devedor só poderá cumprir à custa de um sacrifício extraordinário e, porventura, da ruína.

É a estes casos que chamamos de imprevistos.

O caso imprevisto será, por conseguinte o facto estranho à vontade dos contraentes que, determinando a modificação das circunstâncias econômicas gerais, torna a execução do contrato muito mais onerosa para uma das partes do que caberia no risco normalmente considerado’ (‘Manual de Direito Administrativo’, Almedina, 1984, p. 625).

16. A alteração freqüente e permanente de custos provocou o desenvolvimento de outro instrumento, consistente na cláusula contratual de reajuste de preços.

O reajuste contratual de preços consiste em procedimento previsto de antemão entre as partes, que definem fórmulas para revisão dos preços, visando à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro original.

16.1. Convivendo com processo permanente de inflação, a sociedade brasileira adotou instrumentos para evitar seus efeitos maléficos.

16.2. O ‘reajuste de preços’ é instrumento desenvolvido ao longo das contratações administrativas para assegurar o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Porém, não se identifica com a teoria da imprevisão. Aliás, a previsão contratual do reajuste deriva, precisamente, da *previsibilidade* da alteração das condições inicialmente pactuadas.

17. Nesse sentido, **Hely Lopes Meirelles** já verberava que:

‘A recomposição de preços é conduta que se impõe diante da modificação das condições de execução do contrato ou de fatos supervenientes que agravem substancialmente os encargos do executor...

‘Não se trata, nestes casos, do reajustamento contratual do preço, mas sim de revisão do próprio ajuste diante de situações novas, imprevistas e imprevisíveis, e por isso mesmo não cogitadas pelas partes no momento da celebração do contrato. Por isso é que se justifica a recomposição dos preços, independentemente do reajustamento contratual, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão pioneiro’ (‘Licitação e Contrato Administrativo’, RT, 1990, p. 245).

18. A distinção entre a revisão de preços (derivada da teoria da imprevisão) e reajuste de preços também é acolhida por **Celso Antônio Bandeira de Mello**.

Afirma que, 'Pela cláusula do reajuste, o contratante particular e o Poder Público adotam no próprio contrato o pressuposto **rebus sic stantibus** quanto aos valores então demarcados...' ('Elementos de Direito Administrativo', RT, 1990, p. 228).

Por isso, ele conclui com a afirmativa irrepreensível abaixo reproduzida:

'Parece claro que a aplicação destas conclusões, para que tenham significado real, verdadeiro, e não apenas nominal, supõe reajuste de preços com base no que efetivamente ocorre. Tal proceder, longe de desconsiderar a essência dos contratos administrativos atendeu seu espírito e reverencia-lhe o conteúdo.

De conseguinte, se e quando os índices aludidos no contrato discreparem **in concreto** da realidade, frustrando assim, como instrumento de verificação, o que se pretendida verificar, insta apurar objetivamente a verdadeira elevação ocorrida, para reajustar os preços mediante padrões capazes de manter íntegra a equação econômico-financeira prevista.

A solução indicada é tanto mais adequada quando se sabe, conforme retro foi dito, que até mesmo a cláusula de formal rejeição à teoria da imprevisão não pode prosperar ante circunstâncias insuspeitadas à época do contrato' (ob. cit., p. 231).

19. Conclui-se, **data maxima venia**, que a equação econômico-financeira da contratação deve ser mantida em termos originais.

A previsão contratual de reajuste de preços insere-se dentro desse parâmetro. A doutrina reconhece que a cláusula não exclui a investigação da realidade circundante.

Sempre que a cláusula de reajuste de preços não retratar a efetiva alteração dos custos, será inapta para garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

Em tais hipóteses, deverá ser levantada a efetiva e real alteração dos custos. Quando a automática aplicação do índice contratualmente previsto não provoca a recomposição, deve ser verificada a efetiva alteração das circunstâncias.

Diante disso, a ora Ré atuou de modo correto e adequado, **data venia**.

VII - *A cláusula de reajuste e a distorção do ajuste*

20. **Data venia**, a aplicação automática da cláusula de reajuste acarretaria a distorção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

20.1. As avenças tinham sido pactuadas em início de janeiro de 1990, tendo em vista determinadas e específicas circunstâncias. À própria previsão do reajuste de preços fora determinada tendo em vista tais eventos.

20.2. Com a superveniência do chamado “Plano Brasil Novo”, verificou-se integral alteração dos parâmetros. As condições econômicas, vigorantes à época da contratação, foram modificadas.

Os preços continham uma expectativa de inflação, como se passava relativamente a todos os casos de pagamento a prazo.

Bem por isso, a própria legislação instituidora do Plano “Brasil Novo” determinou a deflação no pagamento das dívidas constituídas antes de 15 de março para pagamento a prazo.

20.3. Logo, caberia promover a remoção dos valores agregados nos preços contratuais e que se fundavam na perspectiva de uma certa variação inflacionária.

20.4. Em suma, as alterações vivenciadas no sistema econômico pátrio não eram retratadas adequadamente pelos índices de reajuste previstos no contrato.

De modo preciso e específico, a relação entre encargos e remuneração consagrada entre as partes não sofreu modificações retratáveis através dos índices adotados.

Ou seja, os índices adotados no contrato não mais se prestavam a exercer, no caso concreto, a função aludida. Não indicavam, adequada e corretamente, as variações existentes para a atuação das partes.

20.5. Em suma, a aplicação dos índices de reajuste contratuais acarretaria a distorção do equilíbrio econômico-financeiro original.

20.6. A única peculiaridade residiu em que tal distorção se faria em *prejuízo* da entidade estatal. A Itaipu seria onerada, elevando-se seus encargos de modo descabido.

A aplicação dos índices provocaria elevação dos preços contratuais *acima* da elevação dos custos da Autora.

20.7. Dar-se-ia uma situação excepcional e anômala, usualmente imprevisível.

A rejeição à aplicação dos índices contratuais, quando ocorre, deriva de uma pretensa insuficiência.

No caso, verificar-se-ia o oposto. Os preços reajustados segundo os índices contratuais consagrariam o excesso, trazendo benefício indevido para a Autora e o sacrifício inexigível da Ré.

20.8. Por isso, a Ré se opõe à afirmativa de que teria reconhecido os direitos da Autora, optando pelo menor valor.

Diante dos reclamos da Autora, um grupo de estudos promoveu a levantamento e análise das hipóteses cabíveis. Isso não significou reconhecimento a direito algum da Autora.

O grupo reputou que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se faria através de determinada importância. Essa importância foi recusada pela Autora.

Não pode pretender, **data venia**, que a Ré tenha reconhecido outros direitos que, em realidade, negou e rejeitou.

20.9. A Ré também discorda dos cálculos que acompanharam a inicial, reputando ser necessário, em qualquer hipótese, a produção de prova pericial.

21. Logo, a única solução cabível foi adotada. Tratou-se de adequar o reajuste à variação efetivamente ocorrida.

21.1. Não se afirme, em contrapartida, que a aplicação do reajuste contratual era obrigatória e inafastável.

Quanto a isso, a lição doutrinária é irresponsável (**data maxima venia**).

A cláusula contratual de reajuste funciona de modo precário, por assim dizer. Pode ser afastada mediante comprovação de que, no caso concreto, a alteração dos custos foi diversa.

21.2. Logo, esse princípio funciona bilateralmente.

Aliás, essa é a posição de **Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Camón Fernández**. Dizem que:

“El juego de la teoría del riesgo imprevisible es, pues, doble y puede actuar tanto a favor de la Administración concedente como a favor del concesionario, según sea el sentido del desequilibrio económico producido por los eventos extraordinarios acaecidos...” (‘Curso de Derecho Administrativo’, Civitas, 1980, I, p. 631).

22. Tanto é verdade que o art. 55, § 5º, do Decreto-Lei n. 2.300 previu tanto a elevação como a redução dos preços visando à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

23. Por isso e se necessário, a Ré pretenderá produzir prova pericial destinada a comprovar que a elevação dos custos da Autora, para prestação dos serviços contratados, não foi equivalente à variação dos índices previstos no contrato. Desse modo, resultará comprovada a licitude e a validade da decisão adotada, no tocante aos índices de recomposição de preços.

24. Aliás, há um dado que evidencia a procedência da tese da ora Ré.

24.1. As avenças ora enfocadas extinguiram-se em dezembro de 1990. A partir de janeiro de 1991, houve novas contratações.

A Autora foi contratada para prestar serviços equivalentes àqueles referidos na inicial.

Para isso, a Autora aceitou preços extremamente inferiores àqueles que exige na sua inicial.

As diferenças são notáveis, ficando muito abaixo dos resultados que seriam atingidos através da aplicação dos índices de reajuste.

24.2. Esse fato comprova a correção do entendimento adotado pela Ré.

Torna-se inquestionável que a elevação de custos, no caso concreto da Autora, não se fez na mesma proporção da elevação dos índices previstos no contrato.

VIII - *Omissão da autora*

25. Se, porventura, fosse reputado existente o direito da Autora ao reajuste (o que se admite apenas para argumentar), ter-se-ia de reconhecer que seu direito não teria a extensão apresentada na inicial.

25.1. O pagamento do reajuste dependia de conduta da Autora, que nunca foi por ela adotada.

Segundo determinado nas AS's, o pagamento do reajuste seguiria procedimento específico.

Estava previsto que 'a fatura de reajuste de preços, deverá ser apresentada dentro de 15 (quinze) dias a partir do encerramento da medição respectiva, tendo a Itaipu o prazo de 30 (trinta) dias fora o mês, após a liberação da fatura pela fiscalização, para processar o pagamento correspondente'.

Portanto, o pagamento do reajuste sujeitava-se a uma condição, consistente em conduta específica a ser adotada pela Autora.

25.2. Ora, a Autora nunca emitiu as faturas. Nunca efetivou a cobrança da importância que julgava ser de seu direito. Não adotou os procedimentos compatíveis e adequados.

Logo, a Ré não poderia efetivar o pagamento a ela dos pleiteados reajustes.

25.3. Assim sendo, o pagamento dos reajustes somente se tornaria exigível no instante em que a Autora tivesse cumprido o ônus contratual avençado.

A Autora nunca cumpriu essa exigência. Logo e enquanto não desincumbir-se de tal encargo, o pagamento não poderá ser por ela exigido, **data venia**.

26. Quando menos, o caso se sujeitaria ao disposto no art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.899/1981.

Teria incorrido ilícito contratual por parte da Ré.

A Autora não disporia de título executivo. Por isso, necessitava obter sentença condenatória. Porém, o termo inicial da correção monetária somente poderia dar-se na ocasião do ingresso em juízo.

IX - Descabimento da multa

27. A Ré se opõe à exigência da multa. Ainda que, por eventualidade, fosse admitido o direito da Autora ao reajuste pretendido, a multa não poderia ser exigida.

De um lado, porque a Autora não emitira as faturas alusivas ao reajuste, o que inviabilizava o pagamento do principal e impedia a caracterização de inadimplemento.

De outro lado, por ausência de fundamento legal ou contratual para a exigência.

28. Observe-se que os instrumentos contratuais não previam a incidência de multa para o atraso no pagamento. Somente era cominada a multa para o caso de rescisão contratual.

Essa rescisão não se verificou. Os contratos foram executados até exaurir-se o prazo correspondente. Não se apresenta o pressuposto eleito no contrato para incidência da multa, **data venia**.

XI - A diferença pretendida

29. Destaque-se que a Autora apenas poderia pretender, em Juízo, obter a condenação da Ré ao pagamento de valores superiores aos que ofertara.

29.1. A Autora recusou o recebimento de valor vultoso, que correspondia (ao ver da Ré) ao necessário para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Quanto a essa importância inexistiu controvérsia. Se inexistiu pagamento, foi por recusa da Autora ao recebimento.

29.2. Se a Autora ingressou em Juízo, foi por exigir pagamento superior.

Por decorrência, o litígio versa apenas sobre o montante da diferença.

29.3. Assim sendo, a Ré espera, na hipótese de ser reconhecido algum direito à Autora, que a condenação abranja somente os valores da diferença discutida entre as partes”.

Os demais aspectos que a recorrente aponta como omissos no acórdão de segundo grau são desinfluentes para a solução da demanda, conforme conclui-se de tudo quanto acima foi exposto.

Nego, pelas razões acima desenvolvidas, provimento ao recurso pela apontada violação ao art. 535, II, do CPC.

Quanto aos arts. 165, 458, II, e 459 do CPC, não os tenho como violados.

O acórdão está necessariamente motivado. Examinou as questões nucleares e explicitou as razões pelas quais firmou as conclusões anunciadas. A fundamentação que apresenta é suficiente para solucionar o litígio. Cumprido está o princípio da obrigatoriedade da motivação nas decisões judiciais.

No mesmo patamar do acima descortinado incide a afirmação da recorrente de que os arts. 128, 460 e 515 do CPC foram violados.

Inexiste vício no acórdão, como já se demonstrou.

Todas as questões centrais de mérito foram decididas satisfatoriamente. Inexiste qualquer vício grave de ordem formal que macule o **decisum** em questão.

Os arts. 130, 332, 471 e 473 do CPC não foram violados. A contestação foi explícita em defender, exclusivamente, a validade da aplicação do Plano Collor ao contrato em execução e ora discutido.

A demonstração do resultado econômico financeiro alcançado pelo contrato não é essencial para aplicação ou não do reajuste pretendido.

As variações dos custos enfrentadas pela recorrida em nada influenciam, juridicamente, a solução da controvérsia, limitada, unicamente, como posta na petição inicial, aos efeitos do Plano Collor.

Não se trata, nuclearmente, de manutenção do equilíbrio financeiro do contrato. O que se discute é a legalidade ou não do reajuste como contratado, em razão, repita-se, do Plano Collor.

Por fim, no referente à inaplicabilidade da lei brasileira à Itaipu, invoco precedente da Primeira Turma com ementa seguinte:

“Administrativo. Contrato de prestação de serviços de transporte rodoviário. Disposições do art. 28 do anexo ‘a’ do tratado de Itaipu. Inaplicabilidade à espécie dos autos. Aplicação da lei brasileira (art. XIX do tratado e art. 9º, § 2º, da LICC). Incidência, **in casu**, do Decreto-Lei n. 2.300/1986.

— Itaipu Binacional, por ser empresa sediada em Brasília e Assunção, submete-se à lei brasileira que regula as obrigações decorrentes dos contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas e residentes no Brasil, nos termos do art. XIX do Tratado que a instituiu e art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

— Daí, a incidência das normas pertinentes ao procedimento da licitação e aos contratos administrativos, constantes do Decreto-Lei n. 2.300/1986, em vigor na época da prestação dos serviços objeto da presente lide.”

(Recurso Especial n. 215.988/PR, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 12.11.2001)

O acórdão não cuidou do art. 55, I, e §§ 5º e 6º do DL n. 2.300/1986. Inexiste prequestionamento a respeito. Idem do art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.899/1981, e do art. 945 do Código Civil.

Diante do exposto, conheço e nego provimento ao recurso pela apontada violação do art. 535, II, do CPC; conheço parcialmente do recurso quanto aos demais dispositivos apontados como violados e pela divergência jurisprudencial, porém, nego-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 477.789 — AC (2002/0132847-0)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Construtora Arco Arquitetura e Comércio Ltda

Advogados: Ruy Alberto Duarte e outro

Recorrida: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Francisco Martins Ferreira e outro

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Contribuição para o FGTS. Pagamento a maior. Compensação com débitos em favor do fundo de garantia do tempo de serviço. Apontada violação dos arts. 515 do CPC, e 165, II, 167 e 217 do CTN. Ausência de prequestionamento. Alegação de contrariedade ao art. 964 do Código Civil de 1916. Improcedência. Aplicação, pelo Tribunal **a quo**, dos arts. 1.009 e 1.010 do referido código, incidentes subsidiariamente na espécie.

1. O recurso especial não deve ser conhecido no tocante às matérias insertas nos arts. 515 do Código de Processo Civil e 165, II, 167 e 217, do Código Tributário Nacional, uma vez que não foram enfrentadas em nenhum momento no voto condutor do acórdão recorrido, sequer foram opostos embargos de declaração para lhes provocar a apreciação, faltando, assim, o indispensável prequestionamento viabilizador do acesso à instância especial. Incidem na espécie, por analogia, os Enunciados ns. 282 e 356 da súmula do Pretório excelso.

2. O Tribunal Regional valeu-se de normas provenientes do Direito Civil para compor a lide, ao consignar que, uma vez apurada administrativamente a existência de débito da empresa contribuinte para com o FGTS, em valor superior ao crédito reclamado, oriundo de pagamento a maior da mesma contribuição, a solução não é a devolução do indébito, mas o encontro de contas, mediante compensação, nos termos dos arts. 1.009 e 1.010 do Código Civil. Restou também assentado que, ainda quando não se tenha, no caso, pedido formal de compensação, é possível reconhecê-la de ofício, em favor do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, pois o crédito originário da contribuição para dito fundo não é bem disponível pelo seu administrador, em ordem a impedir a compensação **ex officio**.

3. À época do julgamento ora impugnado, já existia regramento específico sobre a compensação no âmbito do FGTS, a confirmar a legitimidade do condicionamento da devolução do indébito ao recolhimento prévio do débito apurado para com o Fundo (exigência, aliás, imposta pelo próprio agente operador do FGTS). Trata-se da Resolução n. 341 do Conselho Curador do FGTS — que regulamenta o inciso XII do art. 5º da Lei n. 8.036/1990, incluído pela Lei n. 9.711/1998 —, segundo a qual, “a compensação automática se dará quando o empregador, por recolhimento indevido ou lançado a maior, fizer jus em determinada

competência à devolução de valores do FGTS, e possuir, ao mesmo tempo, débitos comprovados em relação a outras competências”.

4. Mesmo que inexistisse essa norma específica, ainda assim seria possível a aplicação dos arts. 1.009 e 1.010 do Código Civil de 1916, então vigente, em razão de ser o FGTS um instituto de natureza jurídica complexa e multifacetária, com seus principais aspectos disciplinados na Constituição Federal e na legislação de regência respectiva, mas com algumas características encontradas, subsidiariamente, no Direito do Trabalho e no Direito Civil. Nesse contexto, conforme precedente desta Corte, “se a norma que as razões do recurso especial dizem contrariada nem incidiu nem foi aplicada, esgotadas estão as possibilidades lógicas do conhecimento do recurso especial pela letra **a** (REsp n. 324.638/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 25.06.2001, p. 176).

5. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ de 17.12.2004

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto por Construtora Arco Arquitetura e Comércio Ltda, com fundamento no art. 105, III, **a** da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1^a Região que, em demanda relativa à repetição de indébito de valores pagos a maior a título de contribuição para o FGTS, reconheceu de ofício a compensação desses valores com débito da empresa contribuinte oriundo da mesma contribuição e de valor superior ao do pagamento indevido. O acórdão recorrido restou assim ementado:

“Financeiro e Civil. Fundo de garantia do tempo de serviço. Ação de repetição de indébito. Compensação. Reconhecimento de ofício pelo Tribunal. Possibilidade.

1. Apurada, no mesmo processo administrativo em que se constatou o pagamento a maior de contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, a existência de débito do contribuinte, oriundo da mesma contribuição e de valor superior ao do pagamento indevido, indefere-se a repetição do indébito, aplicando-se a compensação, nos termos dos arts. 1.009 e 1.010 do Código Civil, reconhecida de ofício, porque em favor do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, cujo saldo não está na disponibilidade do seu administrador, situação similar à do patrimônio público.

2. Apelação provida.” (fl. 362)

Aponta a recorrente, preliminarmente, violação do art. 515 do Código de Processo Civil, afirmando que houve julgamento **extra petita**, já que em momento algum foi postulada pela Caixa, ora recorrida, a compensação reconhecida de ofício pelo acórdão recorrido, tampouco foi impugnado o valor cobrado — o que tornou tal quantia incontroversa.

Sustenta, por outro lado, negativa de vigência aos arts. 964 do Código Civil anterior, e 165, II, 167 e 217 do Código Tributário Nacional, sob o argumento de que lhe é garantido o direito de ter restituídas as importâncias pagas a maior “por erro no cálculo do montante do débito”, “na mesma proporção dos juros de mora e da correção monetária”, inclusive relativamente à “contribuição destinada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda (Relatora): A presente irresignação não merece acolhimento.

Primeiramente, o recurso especial não deve ser conhecido no tocante às matérias insertas nos arts. 515 do Código de Processo Civil e 165, II, 167 e 217 do Código Tributário Nacional, uma vez que não foram enfrentadas em nenhum momento no voto condutor do acórdão recorrido, sequer foram opostos embargos de declaração para lhes provocar a apreciação, faltando, assim, o indispensável prequestionamento viabilizador do acesso à instância especial. Incidem na espécie, por analogia, os Enunciados ns. 282 e 356 da súmula do Pretório excelso.

A corroborar o entendimento acima, mais especificamente no que diz respeito à alegada ocorrência de julgamento **extra petita** — questão que foi enfrentada apenas no voto-vista do acórdão regional —, oportuna a lição do Professor **Araken de Assis**, em seu artigo “Prequestionamento e Embargos de Declaração”, in Revista Nacional de Direito e Jurisprudência, n. 33, setembro/2002, pp. 21/22, para afastar eventual pretensão de que se considere prequestionada a matéria tratada no art. 515 do CPC. Confira-se o seguinte trecho do mencionado artigo:

“O julgamento colegiado, nos tribunais, interfere na caracterização do prequestionamento. O pronunciamento recorrível resultará dos votos emanados da maioria. Neles apurar-se-á a existência das questões constitucional ou federal. Nenhuma é a relevância do voto-vencido, consoante decidiu a Primeira Turma do STF, porquanto não integra a decisão tomada. Tampouco ostenta importância o convencimento pessoal de algum dos julgadores, ressalvado para acompanhar a maioria, ainda que revele motivação própria e autônoma, na medida em que ‘não exterioriza qualquer **judicium** voltado à composição do litígio’. Existindo várias questões sob apreciação, mostra-se suficiente que ao menos uma seja adotada pela maioria dos votantes. Não se podem somar as resoluções individuais, que não alcançaram o **quorum** majoritário, nem elas compõem a decisão impugnável, recebendo tratamento idêntico àquela externada pelo voto-vencido.”

Saliente-se ser uniforme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça quanto à necessidade de oposição dos embargos declaratórios, ainda que a violação de normas legais tenha supostamente surgido no próprio acórdão recorrido. Nesse sentido são os seguintes precedentes:

“Processual Civil. Recurso especial. Inadmissibilidade. Prequestionamento. Questão surgida no próprio acórdão. Embargos declaratórios.

Não se conhece do recurso especial, por ausência de prequestionamento, quanto à nulidade por julgamento **extra petita**, tendo em vista que, mesmo em se tratando de questão surgida no próprio acórdão recorrido, deveria a parte provocar a sua apreciação pelo Tribunal de origem pelo manejo dos embargos declaratórios. Precedentes.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 415.377/SC, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 06.05.2002, p. 311)

“Processual Civil e Tributário — Taxas de conservação, limpeza e combate a sinistros — Decisão **extra petita** — Violação aos preceitos da lei processual civil não configurada — Prequestionamento ausente — Violação aos arts. 77 e 79 CTN — Matéria constitucional — Competência do STF —

Súmulas ns. 282 e 356 STF — Precedentes.

A alegação de decisão **extra petita**, sem a interposição dos cabíveis embargos de declaração, oportunizando a revisão do julgado na instância **a quo**, não é suscetível de apreciação em sede de recurso especial, por isso que ausente o prequestionamento indispensável ao conhecimento do apelo neste STJ.

(Omissis).

Recurso não conhecido.” (REsp n. 166.027/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 16.10.2000, p. 298)

Por fim, com relação à alegação de contrariedade ao art. 964 do Código Civil, razão não assiste à recorrente.

Neste ponto, convém anotar que o Tribunal Regional valeu-se de normas provenientes do Direito Civil para compor a lide, ao consignar que, uma vez apurada administrativamente a existência de débito da empresa contribuinte para com o FGTS, em valor superior ao crédito reclamado, oriundo de pagamento a maior da mesma contribuição, a solução não é a devolução do indébito, mas o encontro de contas, mediante compensação, *nos termos dos arts. 1.009 e 1.010 do Código Civil*. Na oportunidade, restou também assentado que, ainda quando não se tenha, no caso, pedido formal de compensação, é possível reconhecê-la de ofício, em favor do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, pois o crédito originário da contribuição para dito fundo não é bem disponível pelo seu administrador, em ordem a impedir a compensação **ex officio**.

Ressalte-se que, à época do julgamento ora impugnado, já existia regramento específico sobre a compensação no âmbito do FGTS, a confirmar a legitimidade do condicionamento da devolução do indébito ao recolhimento prévio do débito apurado para com o Fundo (exigência, aliás, imposta pelo próprio agente operador do FGTS). Trata-se da Resolução n. 341 do Conselho Curador do FGTS — que regulamenta o inciso XII do art. 5º da Lei n. 8.036/1990, incluído pela Lei n. 9.711/1998 —, DJ de 31.07.2000, do seguinte teor:

“Resolução n. 341, de 29 de junho de 2000.

Dispõe sobre a compensação entre créditos do empregador, decorrentes de depósitos relativos a trabalhadores não optantes, e débitos resultantes de competências em atraso.

O Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, no uso da atribuição que lhe confere o inciso XII do art. 5º da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, com a redação dada pela Lei n. 9.711, de 20 de novembro de 1998;

Considerando a necessidade de regulamentação do referido inciso XII do art. 5º da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, com a redação dada pela Lei n. 9.711, de 20 de novembro de 1998, estabelecendo os critérios e condições para a compensação entre créditos e débitos do empregador, para com o FGTS;

Considerando a importância de que se reveste a matéria, no que diz respeito à consolidação de instrumento capaz de propiciar a redução do déficit na arrecadação do FGTS, com o conseqüente fortalecimento desse pecúlio; e

Considerando o benefício direto ao trabalhador, em termos de valores a serem revertidos à(s) respectiva(s) conta(s) vinculada(s), resolve:

1. Regulamentar a aplicação do instituto da compensação contemplado no inciso XII do art. 5º da Lei n. 8.036/1990, com a redação dada pela Lei n. 9.711, de 20 de novembro de 1998, observados os seguintes critérios:

1.1 A compensação dar-se-á automaticamente quando o empregador fizer jus ao saque de conta vinculada de empregado não optante, ao mesmo tempo em que figure como devedor do FGTS, em qualquer rubrica ou esfera;

1.2 Da mesma forma, a compensação automática se dará quando o empregador, por recolhimento indevido ou lançado a maior, fizer jus em determinada competência à devolução de valores do FGTS, e possuir, ao mesmo tempo, débitos comprovados em relação a outras competências;

1.3 Na efetivação das compensações de que trata a presente Resolução, o empregador deverá ser notificado pelo agente operador do FGTS quanto ao tratamento aplicado ao seu pleito de saque de conta não optante ou de devolução de valores, devendo o empregador, complementarmente, indicar a individualização dos recursos às correspondentes contas originárias do débito.

2. Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Francisco Dornelles

Ministro de Estado do Trabalho e Emprego

Presidente do Conselho Curador do FGTS” (grifado)

Mesmo que inexistisse essa norma específica, ainda assim seria possível a aplicação dos arts. 1.009 e 1.010 do Código Civil de 1916, então vigente, em razão de ser o FGTS um instituto de natureza jurídica complexa e multifacetária, com seus principais aspectos disciplinados na Constituição Federal e na legislação de regência respectiva, mas com algumas características encontradas, subsidiariamente, no Direito do Trabalho, no Direito Civil e — há quem defenda —, até mesmo no Direito Tributário.

A propósito, **Sérgio Pinto Martins**, in “Manual do FGTS” — 2ª ed. — São Paulo: Atlas, 2000, faz a observação a seguir:

“A natureza jurídica da contribuição ao FGTS é muito controvertida e discutida. O estudo da natureza jurídica do FGTS deve ser diferenciado por dois aspectos: pelo ângulo do empregador e sob a ótica do empregado. Daí por que poder-se-ia dizer que sua natureza jurídica é híbrida.” (P 50)

Em relação ao empregado, o referido autor, **op. cit.**, transcreve os posicionamentos dos doutrinadores **Orlando Gomes** e **Elson Gottschalk** para, depois, analisá-los da seguinte forma:

“**Orlando Gomes** e **Elson Gottschalk** esclarecem que o FGTS tem natureza de um Direito semipúblico, com a deslocação do campo do Direito privado para o público, não sendo uma indenização do tipo previdenciário. A indenização do FGTS expressa uma responsabilidade objetiva do tipo risco social, é um crédito vinculado que só poderá ser liberado nas hipóteses previstas em lei. Afirmam, então, que é um Direito subjetivo social (semipúblico).¹¹ **Elson Gottschalk** afirma que ‘a lei do FGTS é um sistema tributário híbrido, de transição (ou de transação?) entre a reparação de dano civil e a de danos sociais (risco social), importando uma forma semipública de indenização’¹² Declara ainda que ‘o deslocamento da indenização para uma conta vinculada de empregado e, às vezes, para conta vinculada da empresa constitui, em essência, a passagem do princípio indenizatório de Direito privado para o Direito público; por outras palavras a obrigação de indenizar baseada na culpa subjetiva (CLT), para a obrigação de indenizar baseada na culpa objetiva ou risco social’¹³

Não parece que o FGTS tem natureza semipública, pois se considerarmos que o Fundo é intuito em lei e é compulsório, não se pode dizer que sua natureza é semipública, mas pública. Não se pode afirmar que o empregado tem uma responsabilidade objetiva quando há o término do contrato de trabalho, visto que, quando o empregado se aposenta ou pede demissão, não seria devida nenhuma indenização, mas o FGTS seria sacado no primeiro caso, podendo ser utilizado pelo empregado no futuro, no segundo caso, isto é, o obreiro não perde o direito aos depósitos.

E, em seguida, conclui o insigne autor:

¹¹ **GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson.** 2ª ed. “Curso de direito do trabalho”. Rio de Janeiro: Forense. 1991, p. 463.

¹² **GOTTSCHALK, Elson.** “Natureza jurídica da indenização da lei do FGTS”. *Revista LTr* 38/819.

Na verdade, o FGTS vem a ser um depósito realizado na conta vinculada do trabalhador, uma espécie de poupança forçada feita em seu proveito, ou até um prêmio pelo número de anos trabalhados na empresa. Visa esse depósito reparar a dispensa injusta por parte do empregador, relativamente ao período de serviço do operário na empresa. Assim, tem natureza compensatória, no sentido de compensar o tempo de serviço do empregado na empresa. Proporciona, ainda, recursos ao Poder Público para a realização de sua política habitacional.

Não se confunde o FGTS, porém, com a indenização, pois esta visa apenas ao ressarcimento pelo ‘dano’ causado pelo empregador ao empregado pela perda do emprego deste; além do que o FGTS foi criado justamente para substituí-la.

Servirão também os depósitos do FGTS para quando o empregado venha a adquirir sua casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação, ocasião em que poderá utilizá-lo para amortização total ou parcial da dívida, ou nas demais hipóteses previstas em lei.

Não se pode negar, contudo, que o FGTS é um instituto de natureza trabalhista no concernente ao empregado, um direito do trabalhador, previsto inclusive na Constituição (art. 7º, III).” (**Op. cit.**, pp. 56/57)

No que diz respeito à indisponibilidade dos recursos do Fundo por seu administrador, tal característica está delineada na própria legislação de regência do FGTS, como se pode ver dos comentários a ela dirigidos, **op. cit.**:

“O art. 27 da Lei n. 5.107 dispunha que as contas bancárias vinculadas em nome dos empregados seriam protegidas pelo disposto no art. 942 do Código de Processo Civil de 1939. Tratava-se da impenhorabilidade da conta do Fundo. O CPC de 1973 versou sobre a impenhorabilidade de bens no art. 649.

O § 2º do art. 2º da Lei n. 7.839 estabeleceu que as contas vinculadas em nome dos trabalhadores são absolutamente impenhoráveis. O § 2º do art. 2º da Lei n. 8.036 tem a mesma redação.” (P. 131)

Outrossim, com relação à Compensação no Direito Tributário, vejamos o que leciona o Mestre **Aliomar Baleeiro**, in “Direito Tributário Brasileiro”, 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 898:

“Há de admitir-se e admite-se, igualmente, a compensação no interesse do Fisco, a fim de não pagar ao sujeito passivo o que lhe deva sem que ele prove a quitação dos créditos tributários. No sistema do Imposto de Renda, adotou-se, em

¹³ **Idem. ibidem.** p. 805.” (p. 55)

certos casos, até o desconto do crédito tributário na folha de vencimentos de funcionários públicos.

Teríamos aí a compensação legal, sem qualquer voluntariedade de um dos devedores.”

Sibele de Andrade Taques Akselrad, em sua obra “Compensação de Créditos Tributários”, 2ª edição, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 12, explanando sobre a Compensação no Código Civil, registra o seguinte:

“A proibição da compensação prevista no art. 1.017, contra o Estado, não impede que este possa opor essa compensação contra aquele que é seu credor, seja a que título for, tendo por fundamento uma dívida fiscal.”

Essa mesma autora, **op. cit.**, pp. 24/25, transcreve **Héctor B. Villegas**, in “Curso de finanzas, derecho financiero y tributario”, 4ª edição, de Palma, pp. 265/266, em comentário que este faz à legislação argentina, nos seguintes termos:

“Todavia, a tendência dos ordenamentos tributários modernos se manifesta a favor da compensação, ainda que geralmente limitada a créditos e dívidas fiscais.’

‘O Modelo de CTAL [Código Tributário para a América Latina] está nessa tendência, e seu art. 48 admite compensar de ofício, ou a requerimento da parte, os créditos do Fisco por tributos, com os créditos que o sujeito passivo tenha, da mesma natureza.’

‘Segundo esclarece a exposição de motivos do Modelo, admite-se que os créditos líquidos e exigíveis se compensem, e tal compensação não será o resultado de uma decisão discricionária da Administração, mas um direito que pertence ao sujeito passivo.’

‘Conforme a Lei n. 11.683, o contribuinte ou responsável podem compensar suas dívidas junto ao Fisco nacional com seus saldos favoráveis, sempre que a Direção Geral Impositiva já houver creditado esse saldo favorável do sujeito passivo, ou que este haja consignado tal saldo em declarações juramentadas anteriores, não impugnadas (art. 34).’

‘A seu turno, a administração fiscal pode compensar, de ofício, os saldos credores do contribuinte, com as dívidas ou saldos devedores de impostos declarados pelo mesmo, ou determinados pela Direção Impositiva e concernentes a períodos não prescritos, começando pelos mais antigos, podendo esses saldos devedores ser provenientes de distintos tributos submetidos ao regime da Lei n. 11.683.’”

Nesse contexto, como já decidiu a egrégia Terceira Turma deste Tribunal, no julgamento do REsp n. 324.638/SP, sob a relatoria do eminente Ministro Ari Pargendler, DJ de 25.06.2001, p. 176, “se a norma que as razões do recurso especial dizem contrariada nem incidiu nem foi aplicada, esgotadas estão as possibilidades lógicas do conhecimento do recurso especial pela letra **a**”.

À vista do exposto, não se conhece do recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 532.539 — MG (2003/0074477-9)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: *Leasing* Progresso S/A Arrendamento Mercantil — Em liquidação extrajudicial

Advogado: Luiz de Gonzaga Miranda

Recorrida: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais

Procuradores: Élcio Reis e outros

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Liquidação extrajudicial. Multa fiscal moratória, exclusão. Art. 23, III, da Lei de Falências c.c. o art. 34 da Lei n. 6.024/1974. Juros moratórios. Incidência. Art. 26 da Lei de Falências.

I - Como já definiu a jurisprudência desta Corte e do colendo Supremo Tribunal Federal, a multa fiscal moratória tem característica de pena administrativa. Neste panorama, é vedada a sua inclusão no crédito habilitado em falência e, por extensão, em face do art. 34 da Lei n. 6.024/1974 que determina a aplicação subsidiária da Lei de Falências, também é interdita a inclusão de tal verba na liquidação extrajudicial.

II - O mesmo entendimento não se aplica aos juros de mora anteriores à decretação da liquidação extrajudicial, os quais são devidos, bem assim os posteriores que somente serão excluídos se o ativo apurado for insuficiente para pagamento do passivo.

III - Recurso especial 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 especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ de 16.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto por *Leasing* Processo S/A Arrendamento Mercantil — Em liquidação extrajudicial, com fulcro no art. 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que restou assim ementado, **verbis**:

“Anulatória de débito fiscal — Incidência de ICMS — Multa e juros por empresa em liquidação extrajudicial. Se o contribuinte comprova a não-incidência de ICMS sobre operação de arrendamento mercantil, acolhe-se o pedido de anulação do auto de infração. Ainda que estando a empresa em processo de liquidação extrajudicial, são incidentes multa e juros de débito tributário.”

Opostos embargos de declaração ao acórdão, foram esses acolhidos, para alterar o julgamento da preliminar, conhecendo o apelo voluntário, tendo-o como prejudicado em razão da remessa obrigatória. (Fl. 15)

Sustenta o recorrente que o Tribunal **a quo** incorreu em violação aos arts. 97, V, e 187 do CTN, 23, III, 25 e 26 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, 34 da Lei n. 6.024/1974 e 21, parágrafo único, do CPC c.c. com o art. 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Aduz em síntese que não incidem juros de mora em liquidação extrajudicial, em face do disposto no art. 34 da Lei n. 6.024/1974, bem como multa moratória.

Ao final, alega que não deve arcar com qualquer parcela de sucumbência, uma vez que decaiu de parte mínima do pedido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Primeiramente, conheço do recurso por entender que estão presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no art. 541 do CPC.

Com efeito, as matérias constantes dos dispositivos legais indicados como violados foram ventiladas pelo Tribunal **a quo**, particularmente os arts. 23, III, 25 e 26 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 e 34 da Lei n. 6.024/1974, viabilizando o apelo nobre.

Para o deslinde da questão **sub examine** faz-se necessário delimitar os efeitos da Lei n. 6.024/1974, que dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras.

Para o caso em apreço, importa o disposto no art. 34 do encimado diploma legal, **verbis**:

“Art 34. Aplicam-se a liquidação extrajudicial no que couberem e não colidirem com os preceitos desta lei, as disposições da Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945), equiparando-se ao síndico, o liquidante, ao juiz da falência, o Banco Central do Brasil, sendo competente para conhecer da ação revocatória prevista no art. 55 daquele decreto-lei, o juiz a quem caberia processar e julgar a falência da instituição liquidanda”.

A Lei n. 6.034/1974, no artigo encimado, determina a aplicação subsidiária da Lei de Falências à liquidação extrajudicial de instituições financeiras.

Por sua vez, o art. 23 da Lei de Falências assim está plasmado:

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

Parágrafo único. Não podem ser reclamados na falência:

- I - as obrigações a título gratuito e as prestações alimentícias;
- II - as despesas que os credores individualmente fizerem para tomar parte na falência, salvo custas judiciais em litígio com a massa;
- III - as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas”.

Como já definiu a jurisprudência desta Corte e do colendo Supremo Tribunal Federal, a multa fiscal moratória tem característica de pena administrativa. Nesse panorama, é vedada a sua inclusão no crédito habilitado em falência e, por extensão, em face do art. 34 da Lei n. 6.024/1974, também é interdita a inclusão de tal verba na liquidação extrajudicial.

O mesmo entendimento não se aplica aos juros de mora anteriores à decretação da liquidação extrajudicial, os quais são devidos, bem assim os posteriores que somente serão excluídos se o ativo apurado for insuficiente para pagamento do passivo.

Nesse diapasão, confirmam-se os seguintes julgados, **verbis**:

“Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Multa moratória. Juros de mora. Falência.

1. É assente, no âmbito deste Tribunal Superior, o entendimento de que a multa fiscal moratória constitui pena administrativa sendo vedada a sua inclusão no crédito habilitado em falência. Precedentes.

2. Ressalva do ponto de vista pessoal do Relator.

3. Em conformidade com o art. 26 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, os juros de mora posteriores à data da quebra somente serão excluídos da execução fiscal se o ativo apurado for insuficiente para pagamento do passivo.

4. Recurso especial parcialmente provido”. (REsp n. 315.912/RS, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 25.02.2004, p. 130)

“Processual Civil e Tributário — Falência — Multa moratória — Art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Falência — Súmulas ns. 192 e 565 do STF — Juros de mora — Incidência — Ativo suficiente para pagamento do principal — Precedentes.

— A multa moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência.

— Em conformidade com o art. 26 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, os juros posteriores à data da quebra serão excluídos dependendo da suficiência do ativo apurado para o pagamento do passivo.

— Ajuizada a execução fiscal e formalizada a penhora anteriormente à decretação da falência, o produto da renda deve ser colocado à disposição do juízo da execução fiscal.

— Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 263.508/RS, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 15.10.2002, p. 217)

“Embargos de declaração. Multa moratória. Massa falida. Execução fiscal. Súmulas ns. 192 e 565 do STF

1. A multa moratória deve ser afastada em execução fiscal contra a massa falida.

2. “Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa.” (Súmula n. 192-STF)

“A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência.” (Súmula n. 565-STF)

3. Embargos de declaração acolhidos. (EAREsp n. 419.660/RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 1º.03.2004, p. 123).

Quanto aos honorários advocatícios, verifico que análise de tal tema importa no reexame do conjunto probatório, o que é vedado no âmbito do recurso especial (Súmula n. 07-STJ).

Tais as razões expendidas, *dou parcial provimento* ao recurso para determinar a exclusão da multa moratória devida pelo recorrente.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 626.092 — RJ (2004/0015626-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Colégio Pedro II

Advogados: Patricia G. Monnerat e outro

Recorridos: Cassio da Silva Guimarães e outro

Advogados: Raffaele Cupello e Márcia Maia Coelho dos Santos e outros

EMENTA

Direito público. Recurso especial. Transferência **ex officio**. Dependente. Servidor público militar. Instituição de ensino fundamental. Colégio Pedro II. Leis ns. 9.349/1996 e 9.536/1997. Abrangência. Ensino superior. Analogia. Impossibilidade.

I - O presente caso diz respeito a requerimento de matrícula de menor em escola de ensino fundamental, em razão de transferência **ex officio** de servidor público militar, seu genitor.

II - O disposto no art. 49 da Lei n. 9.349/1996, não se coaduna com a exegese extensiva, já que, por se tratar de regra de exceção, demanda interpretação restritiva, não havendo que se falar em aplicação analógica às instituições de ensino fundamental.

III - A regra exposta na Lei n. 9.536/1997, da mesma forma, além-se às instituições de ensino superior, porquanto, por regulamentar o

parágrafo único do art. 49 da Lei n. 9.394/1996, deve delimitar sua abrangência ao disposto neste preceito legal, sob pena de desviar de seu conteúdo teleológico.

IV - Recurso especial 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 provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 27 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ de 24.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pelo Colégio Pedro II, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra v. acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado, **verbis**:

“Administrativo — Militar — Transferência **ex officio** — Dependentes estudantes — Ensino fundamental.

I - É pressuposto para a matrícula de servidor ou de seu dependente estudante, em instituição de ensino, que a transferência daquele seja efetuada **ex officio** e no interesse da Administração, o que, na hipótese, restou comprovado;

II - Em que pese a omissão da Lei n. 9.394/1996, é possível a matrícula de servidor transferido **ex officio** ou de seus dependentes em estabelecimento de ensino fundamental ou médio, eis que estes são necessários ao ensino superior, além de serem garantidos constitucionalmente nos incisos I e II do art. 208 da Lei Maior.

III - A Lei n. 9.536/1997, em consonância com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, é específica sobre o tema, e não exige a congeneridade quanto à natureza pública ou privada dos estabelecimento de ensino;

IV - Na espécie, os filhos de militar, dependentes deste e estudantes do nono período e do período de verão, em Londres, têm direito a matricular-se na 8ª e 3ª séries do Colégio Pedro II;

V - Recurso e remessa oficial desprovidos.” (Fl. 89)

O recorrente alega violação aos arts. 99 da Lei n. 8.112/1990, 1ª da Lei n. 9.536/1997 e 49 da Lei n. 9.349/1996, porquanto a transferência de matrícula **ex officio** deve ser feita entre instituições de ensino congêneres, ou seja, de privada para privada e de pública para pública. Aduz, ainda, que as Leis n. 9.349/1996 e n. 9.536/1997 referem-se à educação superior, não se estendendo ao ensino fundamental.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Tenho que o presente recurso especial merece guarida.

O presente caso diz respeito a requerimento de matrícula de menores em escola de ensino fundamental, em razão de transferência **ex officio** de servidor público militar, seu genitor.

Primeiramente, cabe transcrever os dispositivos legais que tratam da matéria em discussão, quais sejam, o parágrafo único do art. 49 da Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes Básicas da Educação) e o art. 1ª da Lei n. 9.536/1997, os quais explicitam, respectivamente, **verbis**:

“Art. 49. As instituições de educação superior aceitarão a transferência de alunos regulares, para cursos afins, na hipótese de existência de vagas, e mediante processo seletivo.

Parágrafo único. As transferências **ex officio** dar-se-ão na forma da lei.”

(...)

“Art. 1º A transferência **ex officio** a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, parágrafo único do art. 49 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o Município onde se situe a instituição recebedora, ou para localidade mais próxima desta.

Parágrafo único. A regra do **caput** não se aplica quando o interessado na transferência se deslocar para assumir cargo efetivo em razão de concurso público, cargo comissionado ou função de confiança.”

Do exposto no art. 49 da Lei n. 9.394/1996, subsume-se que, de seu conteúdo normativo, o legislador quis restringir sua aplicação às entidades de ensino superior, fazendo expressa referência a estas, a teor do que dispõe o Capítulo IV — Da Educação Superior.

Ademais, o referido dispositivo legal não se coaduna com a exegese extensiva, já que, por se tratar de regra de exceção, demanda interpretação restritiva, não havendo que se falar em aplicação analógica às instituições de ensino fundamental.

A regra exposta na Lei n. 9.536/1997, da mesma forma, atém-se às instituições de ensino superior, porquanto, por regulamentar o parágrafo único do art. 49 da Lei n. 9.394/1996, deve delimitar sua abrangência ao disposto neste dispositivo, sob pena de desviar de seu conteúdo teleológico.

Por oportuno, cabe atestar que todos os precedentes desta Corte, sem exceção, tratam da transferência **ex officio** de servidor público ou de seu descendente, tão somente entre instituições de ensino superior, conforme se pode depreender dos seguintes julgados, **verbis**:

“Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Agravo regimental. Ofensa ao art. 535, CPC. Inocorrência. Ensino superior. Militar. Transferência **ex officio**. Interesse da Administração Pública. Aplicação da Lei n. 9.536/1997.

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

2. O militar removido **ex officio** e no interesse da Administração Pública tem direito à matrícula em estabelecimento de ensino superior público, ainda que originariamente tenha ingressado em faculdade particular, e no novo domicílio haja instituição congênere. Aplicação do art. 1º da Lei n. 9.536/1997.

3. O termo congênere aplica-se com elastério, tratando-se de funcionário público removido **ex officio**. Precedentes. (art. 99 da Lei n. 8.112/1990). Precedentes jurisprudenciais.

4. Agravo regimental improvido.” (AEEREsp n. 464.936/PR, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 04.08.2003, p. 234).

“Ensino superior. Militar. Transferência **ex officio**. Interesse da Administração Pública. Lei n. 9.536/1997. Cabimento.

O militar removido **ex officio** e no interesse da Administração Pública tem direito à matrícula em estabelecimento de ensino superior público, apesar de estar cursando faculdade particular, ainda que no novo domicílio exista instituição de ensino particular. Aplica-se-lhe o art. 1º da Lei n. 9.536/1997.

Entendimento consolidado nas Turmas de Direito Público do STJ acerca do direito do militar a uma vaga em estabelecimento de ensino superior público, sendo que o termo congênere previsto no art. 99 da Lei n. 8.112/1990 não deve ser aplicado nas hipóteses em que o Militar é transferido, restringindo-se referido artigo aos servidores públicos civis.

Agravo regimental improvido, mantendo-se o provimento ao recurso especial, reconhecendo o direito líquido e certo do agravado à matrícula junto à Universidade de Brasília, em caráter definitivo, para o curso de Pedagogia.” (AgRg no REsp n. 388.942/DF, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.06.2003, p. 175).

“Administrativo. Ensino superior. Transferência de matrícula. Estudante universitário. Dependência de servidor militar. Transferência **ex officio**.

1. Pacificou-se o entendimento desta Corte no sentido de que estudante universitário, dependente de servidor público federal, estadual ou municipal, removido **ex officio**, tem direito à transferência de matrícula para estabelecimento congênere, ainda que seja universidade federal, no mesmo local, ou mais próximo, da nova sede de serviço de seu pai ou esposo.

2. Recurso especial conhecido e provido. Decisão por maioria.” (REsp n. 404.590/DF, Relator para o acórdão o Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 07.04.2003, p. 262).

Tais as razões expendidas, *dou provimento* ao presente recurso especial.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 627.806 — RS (2003/0236001-9)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Siegfried Antônio Ghilardi Ritta e outros

Recorrida: Edite Kovalski

Advogados: Juarez Castilho e outros

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Execução fiscal. Débitos para com a Seguridade Social. Responsabilidade solidária dos sócios. Redirecionamento. Possibilidade.

I - Nos casos de débitos para com a Seguridade Social, decorrentes do inadimplemento das obrigações previdenciárias, a Lei n. 8.620/1993 estabeleceu em seu art. 13 a responsabilidade solidária dos sócios cotistas. Assim, não há que se cogitar da necessidade de comprovação, pelo credor exequente, de que o não-recolhimento da exação decorreu de ato abusivo, praticado com violação à lei ou de que o sócio deteve a qualidade de dirigente da sociedade devedora.

II - O dispositivo citado tem respaldo no art. 124, inciso II, do Código Tributário Nacional, que estabelece a responsabilidade solidária das pessoas expressamente designadas por lei.

III - Em se tratando de débitos da sociedade para com a Seguridade Social, decorrentes do descumprimento das obrigações previdenciárias, não pode ser afastada lei específica, que estabelece a responsabilidade solidária dos sócios pelos débitos previdenciários.

IV - Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Delgado (voto-vista), dar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 1^a de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ de 09.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fulcro no art. 105, inciso III,

alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que restou assim ementado, **verbis**:

“Agravos de instrumento. Redirecionamento da execução contra o sócio-gerente. Necessidade de prova da atuação dolosa ou culposa. CTN, art. 135, III.

1. A legislação comercial afasta a responsabilidade objetiva do sócio ou administrador, merecendo interpretação sistemática o art. 135, III, do CTN, que trata da responsabilidade tributária subsidiária.

2. Para que a execução seja redirecionada contra o sócio-gerente ou diretor, com fulcro no art. 135, III, do CTN, deve o exequente comprovar que o não-recolhimento do tributo resultou da atuação dolosa ou culposa destas pessoas, que, com o seu procedimento, causaram violação à lei, ao contrato ou ao estatuto” (fl. 57).

Naquela oportunidade, o Tribunal **a quo** entendeu que a responsabilização pessoal do sócio-gerente somente tem lugar com a comprovação de que o sócio agiu com excesso de mandato ou infringência à lei ou estatuto, não decorrendo da simples inadimplência no recolhimento de tributos.

Sustenta o recorrente violação aos arts. 135 do Código Tributário Nacional, 2ª, § 5ª, I e IV e 3ª da Lei n. 6.830/1980 e 202 do CTN, bem como divergência jurisprudencial, aduzindo que é desnecessária a comprovação da responsabilidade do sócio cujo nome figura na Certidão de Dívida Ativa. Alega que a CDA goza da presunção de certeza e liquidez de todos os seus elementos, constituindo documento hábil e suficiente para provar a vinculação dos nomes dos sócios-gerentes apontados para com a empresa devedora.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que o recurso especial merece ser conhecido pela alínea **a**, eis que a matéria apontada nos artigos tidos por violados foi enfrentada pelo acórdão recorrido.

A questão em comento trata da responsabilidade solidária dos sócios cotistas, em se tratando de débitos da sociedade para com a Seguridade Social, decorrentes do descumprimento das obrigações previdenciárias.

No REsp n. 410.080/PR, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado na sessão do dia 04.03.2004, esta Turma entendeu, por maioria, que nos casos de débitos para com a Seguridade Social, decorrentes do inadimplemento das obrigações previdenciárias, a Lei n. 8.620/1993 estabeleceu em seu art. 13 a responsabilidade

solidária dos sócios cotistas. Assim, não há que se cogitar da necessidade de comprovação, pelo credor exequente, de que o não-recolhimento da exação decorreu de ato abusivo, praticado com violação à lei ou de que o sócio deteve a qualidade de dirigente da sociedade devedora.

De fato, a Lei n. 8.620/1993 dispõe em seu art. 13 que o titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

O dispositivo citado tem respaldo no art. 124, inciso II, do Código Tributário Nacional, que estabelece a responsabilidade solidária das pessoas expressamente designadas por lei.

Existem vários julgados desta colenda Corte no sentido de que o sócio de sociedade, ainda que exerça gerência, só pode ser responsabilizado pelo não-pagamento de tributo, respondendo com o seu patrimônio, se comprovado, pelo Fisco, ter aquele praticado, no comando da sociedade, ato com excesso de poder ou infração a lei, contrato social, estatuto, ou, ainda, que redunde na dissolução irregular da sociedade.

Não obstante, há que se reconhecer que, em se tratando de débitos da sociedade para com a Seguridade Social, decorrentes do descumprimento das obrigações previdenciárias, não pode ser afastada lei específica, que estabelece a responsabilidade solidária dos sócios pelos débitos previdenciários.

Tais as razões expendidas, acompanhando o entendimento majoritário desta egrégia Turma, dou provimento ao recurso especial.

É o meu voto.

Tributário. Execução fiscal. Responsabilidade. Sócio-gerente. Limites. Art. 135, III, do CTN. Necessidade de comprovação do Fisco de violação à lei. Reexame de prova. Incidência da Súmula n. 07-STJ. 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. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que 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 do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal.

3. “A responsabilidade tributária substituta prevista no art. 135, III, do CTN, imposta ao sócio-gerente, ao administrador ou ao diretor de empresa comercial depende da prova, a cargo da Fazenda Estadual, da prática de atos de abuso de gestão ou de violação da lei ou do contrato e da incapacidade da sociedade de solver o débito fiscal.” (AgRg no Ag n. 246.475/DF Segunda Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 1^a.08.2000)

4. Demonstrado, de modo evidente, que a procedência do pedido está rigorosamente vinculada ao exame das provas depositadas nos autos. Na via especial não há campo para se revisar entendimento de 2^a grau assentado em prova, visto que a missão de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do Direito federal, nos termos da Súmula n. 07-STJ.

5. Precedentes das egrégias Primeira Seção e Primeira e Segunda Turmas desta Corte Superior.

6. Recurso especial não provido.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial interposto pelo INSS contra acórdão que asseverou, em síntese, ser descabido o redirecionamento da execução contra o sócio-gerente da empresa executada, na qualidade de responsável tributário, tendo em vista inexistência de prova de que agiu com excesso de mandato, infringência à lei ou ao contrato social.

O eminente Ministro-Relator deu provimento ao apelo extremo. Pedi vista dos autos.

Busca-se a definição acerca da possibilidade de se cobrar integralmente de ex-sócio de uma empresa tributo por ela não recolhido. A responsabilidade de direção é mais ampla. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas para com esta e para com terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou da 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 do estatuto ou da lei. Torna-se claro que tal responsabilidade limita-se apenas ao período do seu exercício gerencial.

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 diretivas da sociedade.

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

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

“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 do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.

5. Precedentes desta Corte Superior.

6. Embargos de divergência rejeitados.” (EREsp n. 174.532/PR, Primeira Seção, deste Relator, DJ de 20.08.2001)

“Tributário e Processual Civil. ICMS. Aproveitamento irregular de créditos extemporâneos. Execução fiscal dirigida contra ex-diretor de sociedade de responsabilidade limitada. Responsabilidade tributária. Art. 135, III, CTN. Ausência de prova de infração à lei ou estatuto ou da incapacidade da empresa para solver o débito fiscal.

1. A responsabilidade tributária substituta prevista no art. 135, III, do CTN, imposta ao sócio-gerente, ao administrador ou ao diretor de empresa comercial depende da prova, a cargo da Fazenda Estadual, da prática de atos de abuso de gestão ou de violação da lei ou do contrato e da incapacidade da sociedade de solver o débito fiscal.

2. O ex-diretor de sociedade de responsabilidade por cotas não responde objetivamente pela dívida fiscal apurada em período contemporâneo a sua gestão, pelo simples fato de a sociedade não recolher a contento o tributo devido, visto que, o não-cumprimento da obrigação principal, sem dolo ou fraude, apenas representa mora da empresa contribuinte e não ‘infração legal’ deflagradora da responsabilidade pessoal e direta do sócio retirante.

3. Agravo a que se nega provimento.” (AgRg no Ag n. 246.475/DF, Segunda Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ de 1^a.08.2000)

“Processo Civil. Execução fiscal. Embargos do devedor. Responsabilidade do sócio. Art. 135-CTN. Matéria probatória. Súmula n. 07-STJ.

1. Os bens particulares do sócio só respondem pela dívida fiscal da executada quando provado o excesso de poder a violação de lei ou de disposição do contrato social. Precedentes do STF

2. Inadmissível o reexame da prova, em sede de recurso especial, em que se fundou o acórdão recorrido. Incidência de entendimento sumulado do STJ.

3. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 182.430/CE, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 1^a.08.2000)

“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 art. 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 de lei ou o contrato social.

— Recurso não conhecido”. (REsp n. 108.827/RS, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 17.02.1999)

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

— A pessoa jurídica, com personalidade própria, não se confunde com a pessoa de seus sócios. Constituí, 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.

— Recurso improvido”. (REsp n. 139.872/CE, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 10.08.1998)

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

1. A Súmula n. 07 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/SF, deste Relator, DJ de 17.11.1997)

“Processo Civil. Redirecionamento da execução fiscal.

— Responsabilidade sócio-gerente. Ajuizada execução fiscal contra sociedade por quotas de responsabilidade limitada, e não localizados bens desta suficientes para o adimplemento da obrigação, pode ser redirecionado contra o sócio-gerente, hipótese em que este deve ser preliminarmente citado em nome próprio para se defender da responsabilidade imputada, cuja causa o credor deve traduzir em petição clara e precisa. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 7.397/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 30.10.1995).

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. Não ficou demonstrado que o recorrido,

embora sócio-administrador em conjunto com os demais sócios, tenha sido o responsável pelo não-pagamento do tributo no vencimento.

Esse é o posicionamento que continuo a seguir, por entender ser o mais coerente com a legislação e a jurisprudência vigentes.

Por tais razões, com a devida vênia ao eminente Relator, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 652.636 — DF (2004/0057752-5)

Relator: Ministro Luiz Fux

R. p/ o acórdão: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrentes: José Flores da Silva e outros

Advogados: Maurício Gama Malcher de Carvalho Filho e outros

Recorrida: União

Sustentação oral: Rogério Telles Correia das Neves

EMENTA

Administrativo. Tratamento de saúde no exterior. Legitimidade da Portaria n. 763, de 07.04.1994.

1. A Primeira Seção desta Corte, no MS n. 8.895/DF, julgado em 22.10.2003, considerou legítima a Portaria n. 763/1994, do Ministério da Saúde, que vedou o financiamento de tratamento médico no exterior pelo SUS.

2. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e José Delgado, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki os Srs. Ministros Denise Arruda e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 21.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por José Flores da Silva e outros, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido em sede de apelação em mandado de segurança pelo Tribunal Regional da 1ª Região, assim ementado:

“Administrativo. Retinose pigmentar. Tratamento médico em Cuba. Eficácia. Necessidade de comprovação. Dilação probatória. Ausência de prova cabal do diagnóstico da patologia e eficácia do tratamento em Cuba.

1. O rito especialíssimo do mandado de segurança não comporta a realização de perícia técnica apta a comprovar o diagnóstico da patologia e a eficácia do tratamento realizado em Cuba.

2. Produção probatória que se justifica em face de manifestação do Conselho Brasileiro de Oftalmologia e do Presidente da Fundação Brasileira de Reabilitação Visual asseverando a inexistência, na literatura médica, de comprovação científica que abone a terapia adotada em Cuba para combater a retinose pigmentar, bem como, a possibilidade do tratamento almejado ser realizado aqui no Brasil.

3. Definidas pela Administração as metas prioritárias na área de saúde pública, dentro do âmbito da discricionariedade de que dispõe e sem ofensa aos limites legais e constitucionais, não cabe ao Judiciário perquirir os critérios adotados, tampouco substituí-los. Daí porque, na espécie, não padece de ilegalidade a Portaria n. 763, de 07.04.1994, editada pelo Ministério da Saúde, que proibiu o custeio de tratamento médico no exterior por conta do Estado.

4. Apelação e remessa oficial providas.”

Segundo noticiam os autos, os recorrentes impetraram **mandamus**, com pedido de liminar, contra ato do Secretário de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde, objetivando garantir aos impetrantes, portadores de retinose pigmentar, a liberação de recursos financeiros para fazer face às despesas com o tratamento em Cuba — Havana.

O Juiz singular concedeu a segurança pleiteada para garantir aos impetrantes o custeio da realização do tratamento oftalmológico denominado “retinose

pigmentar” em Havana — Cuba, com o adiantamento das despesas necessárias para comprovação ao final, consoante sentença de fls 220-227

Irresignada, a União interpôs apelação perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, por maioria, deu provimento ao recurso e à remessa necessária, consoante julgado acima transcrito.

Os Recorrentes, sede de recurso especial, sustentam, em síntese, dissídio jurisprudencial com julgados do STJ (REsp n. 89.612/RS, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 10.12.1997) bem como a violação dos arts. 2º e 6º da Lei n. 8.080/1990, que assim dispõem:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

omissis

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

- a) de vigilância sanitária;
- b) de vigilância epidemiológica;
- c) de saúde do trabalhador; e
- d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Sustenta, em suas razões, em síntese, que:

“A Lei n. 8.080, de 14 de setembro de 1980, que dispôs sobre as condições de promoção, proteção, recuperação da saúde, instituiu, no art. 4º, o SUS — Sistema Único de Saúde para dar cumprimento ao preceito constitucional de proteção à saúde, como sendo o ‘conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições federais, estaduais e municipais da Administração Direta e Indireta e das Fundações mantidas pelo Poder Público.’ As ações do SUS são circunscritas ao território nacional, consoante dispõe o art. 1º daquela lei. Portanto, não há autorização para tratamento médico no exterior.

Diante da ausência de regulamentação legal para casos de assis-

tência médica no exterior, o Ministério da Saúde editou a Instrução Normativa/Inamps n. 4.396/1989, que dispôs:

‘1. O tratamento médico no exterior só será considerado em caráter excepcional, sendo somente admissível quando esgotadas todas as possibilidades de tratamento dentro do território nacional.

2. As solicitações de Tratamento Fora do Domicílio no Exterior — TFD/E serão analisadas pela Direção Geral do INAMPS, onde deverão obter manifestação da Diretoria de Controle e Avaliação de Sistemas de Saúde e da Diretoria de Orçamento e Finanças, e obrigatoriamente submetidas à aprovação do Ministro’.

O passo seguinte foi a edição da Portaria n. 828, de 30 de julho de 1992, que se contrapôs à referida instrução normativa e vedou expressamente a autorização de tratamento médico fora do País, nos seguintes termos:

‘Art. 1º É vedada a concessão de auxílios financeiros por parte do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social — INAMPS para a realização de tratamento médico no exterior’

Sobreveio a Portaria/MPAS n. 1.236, de 14 de outubro de 1993 que revogou a Portaria/GM n. 828/1992 e novamente autorizou a utilização dos recursos públicos para cobertura de despesas médicas no exterior:

‘I. O tratamento médico no exterior de pacientes residentes e domiciliados no Brasil somente será admissível quando esgotadas todas as possibilidades de tratamento a nível do Sistema Único de Saúde, nos diferentes níveis de governo.

II. As solicitações para tratamento nas condições previstas no item anterior serão avaliadas pela Secretaria de Assistência à Saúde, que emitirá parecer conclusivo a respeito, submetendo o assunto à aprovação do Ministro da Saúde, em processo devidamente instruído.

III. Em caso de autorização, deverão ser indicados pormenorizadamente os recursos financeiros adequados aos custeios das despesas.’

Por fim, foi editada a Portaria n. 763, de 07 de abril de 1994, que revogou a Portaria n. 1.236/1993 e, mais uma vez, vedou a possibilidade de autorização de tratamento médico no exterior por conta do Poder Público.

Assim, esse último diploma legal estaria a obstacularizar direito líquido e certo dos Recorrentes em obterem o mencionado tratamento de saúde no exterior, uma vez que o sistema de saúde pátrio não o concebe.

No entanto, veja-se que diante da questão posta, o eminente magistrado monocrático decidiu conforme lhe era requestado e de acordo com os ditames legais.

Ora, se a Constituição Federal, **lex legum**, lei das leis que é, e figurando no topo da pirâmide das leis, estabelece que todo cidadão tem direito à saúde e mais, se a própria Lei n. 8.080/1990, em seu art. 2º preconiza que ‘saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício’, admitida está a possibilidade de a autoridade indigitada coatora atacar as pretensões dos Recorrentes.

Outrossim, o art. 6º estabelece que ‘estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), quais são as modalidades de atuação do SUS’:

Art. 6º (...)

I - a execução de ações:

(...) **omissis**

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Em última análise, não pode o acórdão vergastado simplesmente atentando-se a aspectos meramente técnicos dar aplicação rigorosa, como pretende a recorrente, à Portaria n. 763/1994 em caso excepcional, como é a retinose pigmentar, é acabada denegação de justiça. Não importa que se trate de pedido para tratamento médico especializado no exterior. O que assume relevância é a excepcionalidade nos seus diversos matizes, haja vista o necessário e imposterável direito do cidadão à saúde, ameaçada de forma indubitosa pela cegueira.

(...)”

Às fls. 295/302, consta recurso extraordinário dirigido ao STF.

Contra-razões ofertadas pela União, às fls. 310/316, pugnando pela manutenção do acórdão recorrido, sob os seguintes fundamentos:

“Não bastassem os jurídicos e enfáticos argumentos que serviram de norte ao **decisum sub exame**, como suso resumido, e, em parte transcrito, veja-se que a pretensão de viajar outra vez para Cuba, às expensas do Erário, em busca de um tratamento sabidamente incerto ou de eficácia não provada, é no mínimo um acinte à coletividade nos dias que correm. Uma violência ao princípio da isonomia em relação a tantos outros brasileiros que não conseguem, muitas vezes, sequer uma consulta comum em tempo útil.

(...)

Doutra margem, o Ministério da Saúde apenas efetua o repasse dos recursos legal e constitucionalmente assegurados ao SUS (Lei n. 8.080/1990, arts. 4º e 9º), pelo que a responsabilidade pela prestação dos serviços de saúde é dos Estados e dos Municípios que, para tanto, já recebem os recursos.

Dessa forma, a negativa da Administração, na realização do tratamento no exterior, leva à observância das normas constitucionais invocadas, como por exemplo, os arts. 6º e 196 da CF, e não à sua violação. Normas programáticas, como as invocadas pelos recorrentes, no conceito de **José Afonso da Silva**, são:

(...)

Como consabido, a exemplo do que prevê o art. 196 da Constituição Federal, o seu art. 6º, ao dispor que ‘são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição’, traça e indica programa de ação política e administrativa do Estado. Estabelece aquilo que os governantes devem procurar desenvolver.

(...)”

Realizado o juízo de admissibilidade positivo de ambos apelos extremos, na instância de origem, ascenderam os autos ao egrégio STJ.

É o relatório.

EMENTA

Administrativo. Retinose pigmentar. Cegueira. Tratamento de doença no exterior. Cuba. Direito fundamental à saúde. Dever do Estado.

1. O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa.

Não se pode conceber que a simples existência de Portaria, suspendendo os auxílios financeiros para tratamento no exterior, tenha a virtude de retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde.

“O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo” (**Ives Gandra da Silva Martins**, in “Caderno de Direito Natural — Lei Positiva e Lei Natural”, n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27).” (REsp n. 353.147/DF, Relator Ministro Franciulli Netto, publicado no DJ de 18.08.2003)

2. O Sistema Jurídico hodierno vive a denominada fase do pós-positivismo ou Estado Principiológico na lição de **Norberto Bóbbio**, de sorte que, na aplicação do direito ao caso concreto é mister ao magistrado inferir a **ratio essendi** do princípio maior informativo do segmento jurídico **sub judice**.

3. Consectariamente, a aplicação principiológica do direito implica em partir-se do princípio jurídico genérico ao específico e deste para a legislação infraconstitucional.

4. Nesse segmento, dispõe o art. 196 da Constituição Federal que: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

5. Consectariamente, é vedado ao Poder Público e ao intérprete do ordenamento jurídico — amparado em parecer técnico que desaconselha o tratamento da “retinose pigmentar” no Centro Internacional de Retinoses Pigmentária em Cuba e na Portaria n. 763 que proíbe o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS — antever exegese que transponha a intangibilidade do direito à saúde consagrado na Constituição Federal.

6. Deveras, em singular e lúcida sede jurisprudencial assentou-se com o emprego da caridade justa que:

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, **caput**), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo — uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida” (Pet na MC n. 1.246/SC, Relator Ministro Celso de Mello, em 31.01.1997).

7. Recurso especial provido para anular o acórdão hostilizado e conceder a segurança aos impetrantes.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, uma vez que a matéria restou devidamente questionada, bem como demonstrada a divergência, nos moldes exigidos pelo RISTJ.

Com efeito o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.080/1990, dispõe:

“Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

omissis”

A hipótese **sub examine** cinge-se à proteção do direito fundamental à saúde e o dever de o Estado arcar com os ônus de tratamento médico no exterior, **in casu**, retinose pigmentar.

Com efeito, a questão versada no presente recurso encerra controvérsia nesta Corte.

Isto porque, a Segunda Turma desta Corte, no julgamento de hipótese versando tratamento de retinose pigmentar no exterior, nos autos do REsp n. 353.147/DF, Relator Ministro Franciulli Netto, publicado no DJ de 18.08.2003, decidiu, **verbis**:

“Recurso especial. Tratamento de doença no exterior. Retinose pigmentar. Cegueira. Cuba. Recomendação dos médicos brasileiros. Direito fundamental à saúde. Dever do Estado.

O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa.

Não se pode conceber que a simples existência de portaria, suspendendo os auxílios financeiros para tratamento no exterior, tenha a virtude de retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde.

‘O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo’ (**Ives Gandra da Silva Martins**, in ‘Caderno de Direito Natural — Lei Positiva e Lei Natural’, n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27).

Recurso especial provido.”

Destaque-se, pela juridicidade de suas razões, os fundamentos desenvolvidos pelo Ministro Franciulli Netto, no voto condutor do REsp n. 353.147/DE, **litteris**:

(...) Inicialmente, cumpre narrar os principais acontecimentos que culminaram com a impetração do mandado de segurança que originou o presente recurso especial.

Do acurado exame dos autos, depreende-se que o impetrante é portador, nos dois olhos, de doença denominada “retinose pigmentar”, que ataca a retina e diminui progressivamente o campo de visão até a cegueira completa.

Nada obstante o estudo de tal doença ainda seja incipiente, recomendaram os médicos que acompanharam o impetrante, no Brasil, a Clínica Camilo Cienfuegos, sediada em Havana, Cuba, por ser o único centro mundial em que os estudos para o tratamento da retinose pigmentar se encontram mais adiantados.

Amparado em liminar concedida em mandado de segurança e posteriormente confirmada por sentença (fls. 28/30 e 31/35), embarcou o impetrante para Cuba, onde completou a primeira fase de seu tratamento.

De volta ao Brasil, requereu novamente auxílio financeiro ao Ministério da Saúde, que, nos termos da Portaria Ministerial n. 763, de 07 de abril de 1994, indeferiu o pedido (fl. 40).

Passa-se, assim, a analisar o recurso especial.

Inicialmente, registre-se que não merece ser conhecido o presente recurso especial no que se refere à alegada violação ao art. 2º da Lei n. 8.212/1991, diante da absoluta ausência de prequestionamento.

Por outro lado, **data venia** dos nobres fundamentos invocados no julgado recorrido, é de ser provido o recurso e concedida a segurança.

É oportuno salientar que o v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal **a quo** decidiu a questão no âmbito infraconstitucional, notadamente à luz da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 (fls. 90/93).

Assim dispõe o inciso II do art. 7º da Lei n. 8.080/1990:

‘Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Observa-se, pois, que o Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa. Tem, portanto, o recorrente, certamente, direito líquido e certo ao tratamento no exterior.

As normas que promovem a garantia de direitos fundamentais não podem ser consideradas como programáticas, porque “possuem um conteúdo que pode ser definido na própria tradição da civilização ocidental-cristã” e “a sua regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial: apenas pode ser útil (ou, porventura, necessária) pela certeza e segurança que criar quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos” (cf. **José Luiz Bolzan**, “Constituição ou Barbárie: perspectivas constitucionais”, in “A Constituição Concretizada — construindo pontes com o público e o privado”, **Ingo Wolfgang Sarlet** (org), Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, p. 34).

*Dessarte, defronte de um direito fundamental, cai por terra qualquer outra justificativa de natureza técnica ou burocrática do Poder Público, uma vez que, segundo os ensinamentos de **Ives Gandra da Silva Martins**, “o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em*

si mesmo” (in “*Caderno de Direito Natural — Lei Positiva e Lei Natural*”, n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27). (Grifo nosso)

Deveras, como já foi ressaltado pelo ilustre Ministro José Delgado, ao julgar caso semelhante ao dos autos, em que se discutia o fornecimento de medicamentos a portadores do vírus HIV, o REsp n. 325.337/RJ, DJ de 03.09.2001, “a busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público”.

Nesse sentido, também já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, **verbis**:

‘Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, **caput**), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo — uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida’ (Pet na MC n. 1.246/SC, Relator Ministro Celso de Mello, em 31.01.1997).

Ora, consoante já se decidiu por ocasião do julgamento do REsp n. 338.373/PR, Relatora para o acórdão a Ministra Laurita Vaz, em 10.09.2002, não se pode conceber que a simples existência de portaria suspendendo os auxílios financeiros para tratamento no exterior tenha a virtude de retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde.

A par da natural existência de falhas nos sistemas jurídicos, em razão da imperfeição humana, advertia **Rui Barbosa** que o absurdo não deve ser concebido, pois ‘ordenar o que não há meio de fazer, proibir o que se não pode evitar, é desarraoar, é ensandecer. Não há de supor que a lei ordinária, quanto mais a lei constitucional, caduque e delire. Da interpretação dos textos legislativos se deve refugar sempre o absurdo’ (**apud João Mendes Neto** in “*Rui Barbosa e a Lógica Jurídica*”, ed. Saraiva, 2ª ed., 1949, p. 132).

Além disso, de acordo com precisa manifestação do ínclito Ministro Paulo Medina, por ocasião do julgamento acima mencionado, ‘ainda que se entendessem pertinentes alegações de natureza orçamentária e inexistentes instrumentos legais para contorná-las, aplicáveis ao caso seriam as disposições constitucionais, privilegiadoras dos direitos fundamentais invocados’.

Nem se alegue frias equações atuariais para se concluir em sentido contrário ao ora esposado. Não há perder de vista que a seguridade social deve ser prestada pela Administração centralizada ou descentralizada, **in natura** ou por meio de seu correlato sucedâneo indenizatório, ainda que a título de mero reembolso, pois, não se pode admitir que, ainda que formulados princípios atuariais, neles não haja folgada previsão para atender postulados urgentes e inadiáveis, plasmados na supremacia da pessoa humana sobre qualquer outro valor.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para que seja reformado o acórdão proferido pelo Tribunal de origem e concedida a ordem.

É como voto.”

Por outro lado, a Primeira Seção, em recente julgado, nos autos do MS n. 8.895/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 07.06.2004, decidiu, por maioria, **verbis**:

“Administrativo — Serviço de saúde — Tratamento no exterior — Retinose pigmentar.

1. Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da ‘retinose pigmentar’ no Centro Internacional de Retinose Pigmentária em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a Portaria n. 763, proibindo o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS.

2. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos.

3. A medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados.

4. Mandado de segurança denegado.”

Sobre o **thema decidendum** manifestamo-nos nos autos do MS n. 8.895/DF **litteris**:

“Sr. Presidente, Srs. Ministros, outro dia, comentava com o eminente Ministro Teori Albino Zavascki que considero, realmente, uma grande dádiva de Deus poder pertencer a um Tribunal como este, tendo em vista não apenas a complexidade das causas que somos instados a decidir, mas, principalmente, pela qualidade dos votos que sempre antecedem a nossa obrigação de julgar, sempre engrandecedores, assim como foi o da ilustre Ministra Eliana Calmon, que nos trouxe um *plus*, enfrentando não só a questão técnica, mas a questão médica, porquanto estamos no âmbito de um recurso ordinário, no qual a cognição fático-probatória é tão importante e não temos essa chance no recurso especial.

*Por outro lado, temos aqui uma abordagem **jus naturalista** de um problema tão importante, um problema humano, qual seja o problema relativo ao direito à saúde, que é um direito natural.*

Há uma passagem belíssima, que tinha de ser lembrada, do voto do Sr. Ministro Franciulli Netto, com a sua cultura e sensibilidade, de que o ser humano, realmente, é a única razão do Estado.

Certa feita, analisando um processo sobre o valor absoluto do DNA — obra da Editora Forense —, um dos autores usou uma frase felicíssima: ‘Abaixo de Deus, absolutamente nada é infalível’; nem esse estudo que afirma que a retinose pigmentar é incurável.

No entanto, há alguns fatos notórios, principalmente no sentido de que Cuba é um grande centro avançado da medicina. O Sr. Ministro Franciulli Netto tocou em um ponto deveras sensível, o de que o INSS não tem condições de atender a todos, mas, graças a Deus, não é todo mundo que sofre dessa doença incurável.

Sou um perseverante escudeiro da dignidade da pessoa humana, dos valores imanentes à vida e à esperança do ser humano. Creio que é a nossa tarefa diuturna. De sorte que — mais uma vez parabeno a Sr^a. Ministra Eliana Calmon e até, de antemão, já havia pedido seu voto, porque há casos e casos —, e na dúvida, devemos opinar exatamente pela esperança de esse cidadão poder se curar em um centro mais avançado, máxime porque, muito embora haja total juridicidade na parte do voto, que esclarece a respeito da socialização da medicina e da impossibilidade de o País atender a todos, mais uma vez, entre o direito e a justiça, ficarei com a solução que considero mais justa.

Assim, peço todas as vênias à eminente Ministra-Relatora para acompanhar o voto divergente e conceder a segurança.”

Com efeito, o sistema jurídico hodierno vive a denominada fase do pós-positivismo ou Estado Principiológico na lição de **Norberto Bobbio**, de sorte que, na aplicação do Direito ao caso concreto é mister ao magistrado inferir a **ratio essendi** do princípio maior informativo do segmento jurídico **sub judice**.

Consectariamente, a aplicação principiológica do Direito implica em partir-se do princípio jurídico genérico ao específico e deste para a legislação infraconstitucional.

Nesse segmento, dispõe o art. 196 da Constituição Federal que:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e

de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Consectariamente, é vedado ao Poder Público e ao intérprete do ordenamento jurídico — amparado em parecer técnico que desaconselha o tratamento da “retinose pigmentar” no Centro Internacional de Retinose Pigmentária em Cuba e na Portaria n. 763 que proíbe o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS — antever exegese que transponha a intangibilidade do direito à saúde consagrado na Constituição Federal.

Ex positis, dou provimento ao recurso especial para anular o acórdão hostilizado e conceder a segurança aos impetrantes.

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Sobre o tema ora em discussão, a Primeira Seção desta Corte, no MS n. 8.895/DF, julgado pela Primeira Seção em 22.10.2003, considerou legítima a proibição de tratamento médico no exterior financiado pelo Ministro da Saúde (Portaria n. 763/1994). Naquela ocasião, proferi voto nos seguintes termos:

“Estamos diante de um caso típico de direito fundamental social, os chamados direitos à prestação, que não são infinitos ou absolutos. Em qualquer país do mundo estão sujeitos às possibilidades do Estado. São, portanto, direitos ‘sob reserva de possibilidade social’, como os conceitua a doutrina (**José Carlos Vieira de Andrade**, ‘Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976’, 2ª ed., Almedina, p. 59).

Oxalá pudéssemos, em nome da Constituição, concedendo liminares, resolver os graves problemas brasileiros de saúde, de alimentação, de habitação, de educação. Claro que é muito angustiante a situação descrita nos autos. Quem não se angustia e se sensibiliza numa situação dessas?

Entretanto, que elementos temos no mandado de segurança para duvidar do ato da autoridade que diz que o tratamento pretendido não é recomendável cientificamente? Que autoridade, nós, juízes, temos para duvidar disso? Não vejo como não considerar legítima a opção do administrador, ainda mais fundada no parecer. Ponhamo-nos no papel de quem tem o dever técnico de administrar a escassez de recursos num País pobre como o nosso, e de fazer as opções políticas para dar-lhes melhor destinação. Portanto, não há como ter presente, no caso, direito líquido e certo a obter do Estado a liberação da vultosa quantia necessária ao atendimento individual da impetrante.

Não há dúvida de que a saúde é um direito fundamental, mas, também é certo, não se trata de direito absoluto. Ele será atendido na medida das possibilidades, inclusive, financeiras, da sociedade. No caso, ademais, há uma recomendação técnica contrária, que o Judiciário não tem autoridade científica para contestar.

Com tais fundamentos, acompanho o voto da Sr^a. Ministra-Relatora, denegando a ordem.”

O referido precedente restou assim ementado:

“Administrativo — Serviço de saúde — Tratamento no exterior — Retinose pigmentar.

1. Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da ‘retinose pigmentar’ no Centro Internacional de Retinose Pigmentária em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a Portaria n. 763, proibindo o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS.

2. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos.

3. A medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados.

4. Mandado de segurança denegado.”

2. Com base nesse precedente, ao qual me vinculo, peço vênua a V. Ex^a. para negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 658.473 — PR (2004/0065072-1)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Cooperativa Agropecuária de Londrina Ltda Cativa

Advogados: Júlio Assis Gehlen e outros

Recorrida: Uniao

EMENTA

Processual Civil. Tributário. PIS. Falta de prequestionamento apesar da oposição de embargos de declaração. Súmula n. 211/STJ. Cooperativas. Incidência do PIS sobre as atividades não-cooperativas. Forma de cálculo da contribuição (art. 3^o, § 4^o, LC n. 07/1970).

Resolução n. 174/1971 do Banco Central. Legalidade. Compensação. SRF. Possibilidade.

1. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a **quo**.” (Súmula n. 211 do STJ).

2. É assente na Corte que, ainda que afastadas a Resolução n. 174/1971 e o Ato Declaratório CST n. 14/1985, a contribuição ao PIS é devida pelas cooperativas na forma da Lei Complementar n. 07, de 1970, quando estas exercerem atos não cooperativos, incidindo sobre o faturamento, nos termos do art. 3º, letra **b**, além daquela parcela calculada com base no imposto devido pela renda obtida com essas atividades, consoante dispõe a letra **a** do referido dispositivo, em decorrência da interpretação do art. 111 da Lei n. 5.764/1971.

3. “(...) Impõe-se considerar que, não obstante as resoluções impugnadas não sejam válidas em face da Lei Complementar n. 7/1970, esta, por outro lado, tem plena aplicação, motivo pelo qual pode ser cobrada das cooperativas tanto a contribuição para o PIS sobre o faturamento, quando exercerem atividades lucrativas (atos não cooperativos), nos termos do art. 3º, letra **b**, como aquela calculada com base no imposto de renda devido pelo faturamento obtido com essas atividades, como dispõe a letra **a** do citado dispositivo, em decorrência da interpretação do art. 111 da Lei n. 5.764/1971.” (REsp n. 147.928/SC, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 17.09.2001)

4. Isto porque: “(...) Sem lei alguma, senão pela MP n. 1.212, de 28.11.1995, passou-se a cobrar o PIS de acordo com a Resolução 174/1971 do Conselho Monetário Nacional, de absoluta ilegalidade, porque somente a lei, em sentido formal e material, pode cumprir a determinação constante da LC n. 07/1970.” (REsp n. 462.235/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 28.06.2004).

5. Deveras, em relação às entidades de fins não lucrativos, a contribuição **in foco** não está apenas regulada pela Lei Complementar n. 07/1970, mas tem a disciplina complementar da Lei n. 5.764/1971. Há, portanto, que se considerar ambas as disposições, que se complementam, compondo uma única e exaustiva matéria, que torna plenamente operante e adequada e livre de eventuais dúvidas quanto à exigibilidade da contribuição devida ao Fundo de Participação, pelas cooperativas em relação aos atos não cooperativos.

6. Os tributos devidos e sujeitos à administração da Secretaria da Receita Federal podem ser compensados com créditos referentes a quaisquer tributos ou contribuições administrados por aquele órgão. (Lei n. 9.430/1996, art. 74 c.c. a redação da Lei n. 10.637/2000)

7. Em virtude da alteração legislativa, forçoso concluir que tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, é possível a compensação, ainda que o destino de suas respectivas arrecadações não seja o mesmo.

8. **In casu**, verifica-se que à época da propositura da demanda (2000), não havia autorização legal para a realização da compensação pelo próprio contribuinte, autorização esta que somente adveio com a entrada em vigor da Lei n. 10.637, de 30.12.2002, sendo, pelo regime então vigente, indispensável o seu requerimento à Secretaria da Receita Federal. Infere-se, dessarte, que o pleito estampado na petição inicial não poderia, com base no direito então vigente, ser atendido.

9. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, por maioria, vencido o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (voto-vista), negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado (voto-vista) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 12 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

DJ de 09.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por Cooperativa Agropecuária de Londrina Ltda — Cativa (fls. 367/382), com fulcro no art. 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“Tributário. PIS. Compensação. Decretos-Lei ns. 2.445/1988 e 2.449/1988. Inconstitucionalidade. Entidades de fins não lucrativos. Resolução n.

174/1971, Bacen. Ilegalidade. MP n. 1.212/1995. Correção monetária e juros. Verba honorária.

1. No caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o direito de compensação extingue-se com o decurso de cinco anos contados da homologação, expressa ou tácita, do lançamento pelo Fisco. Precedentes desta Corte e do STJ.

2. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis ns. 2.455 e 2.449/1988 (Súmula n. 28 deste Tribunal).

3. *É ilegítima a contribuição ao PIS das cooperativas à alíquota de 1% sobre a folha de pagamento mensal, de que cogita o § 6º do art. 4º do Regulamento do PIS (Resolução n. 174/1971).*

4. *Afastadas as resoluções impugnadas (Resolução n. 174/1971 e Ato Declaratório CST n. 14/1985), a contribuição ao PIS é devida pelas cooperativas na forma da Lei Complementar n. 07, de 1970, quando estas exercerem atos não cooperativos, incidindo sobre o faturamento, nos termos do art. 3º, letra b, além daquela parcela calculada com base no imposto devido pela renda obtida com essas atividades, consoante dispõe a letra a do referido dispositivo, em decorrência da interpretação do art. 111 da Lei n. 5.764/1971.*

5. O contribuinte que recolheu a contribuição nos parâmetros da Medida Provisória n. 1.212, de 28 de novembro de 1995, e de suas reedições, faz jus ao que exceder o montante que deveria ter sido pago em conformidade com a Lei Complementar n. 07, de 1970, e suas alterações válidas e eficazes, inclusive a Lei Complementar n. 17, de 1973 (que majorou a alíquota do PIS), até o perfazimento do período nonagesimal previsto no § 4º do art. 195 da Carta Magna (ou seja, até fevereiro de 1996).

6. É possível a compensação dos valores recolhidos a maior a título da exação, nos moldes dos diplomas mencionados, com as prestações vincendas do PIS, de acordo com o art. 66 da Lei n. 8.383/1991. Precedentes do STJ.

7. A correção monetária deve ser efetuada em conformidade com a Súmula n. 162 do STJ, utilizando-se os índices do OTN, BTN, INPC e UFIR, incluídos os expurgos da Súmula n. 37 desta Corte. Juros à taxa Selic, incidentes a partir de janeiro de 1996 e inacumuláveis com qualquer índice atualizatório. 8. A fixação da verba honorária, quando calculada com base no § 4º do art. 20 do CPC, não necessita enquadrar-se nos limites percentuais do § 3º do referido artigo, mas atende os mesmos critérios para apreciação, enumerados nas alíneas do § 3º." (fl. 343)

Opostos embargos de declaração, restaram os mesmos parcialmente acolhidos para fins de prequestionamento da matéria suscitada, consoante julgado de fls. 361/365.

A Recorrente, em suas razões, sustenta que o acórdão hostilizado violou o art. 97, do CTN e art. 3^a, **b**, da LC n. 07/1970; art. 49 da Lei n. 10.637/2002 e art. 21 da IN n. 210/2002 e art. 462, do CPC, ao fundamento de que *no período compreendido entre a edição da LC n. 07/1970 e a Lei n. 9.718/1998 não existia norma legal a embasar a exigência do PIS das sociedades cooperativas quanto aos atos não-cooperativos*.

Aduz, ainda, a possibilidade de compensação dos valores recolhidos indevidamente ao PIS com exações de natureza diversa.

A Fazenda Nacional, em contra-razões à fl. 414, pugna pela inadmissão do recurso especial, ou acaso conhecido, no sentido de seu improvimento.

Às fls. 384/395 consta o recurso extraordinário dirigido ao egrégio STF, admitido na origem (fl. 446).

O recurso especial foi admitido no Tribunal **a quo**, consoante despacho de fl. 444. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): **Prima facie**, não obstante ter a recorrente oposto embargos de declaração perante o Tribunal **a quo**, não houve efetivo debate acerca da aplicação do art. 462 do CPC carecendo, assim, do necessário prequestionamento que viabiliza o processamento do recurso especial.

Ademais, não procede a alegação de que o requisito relativo ao prequestionamento foi suprido pela mera oposição dos embargos de declaração, posto que na hipótese de rejeição, como **in casu**, impunha-se à parte suscitar, em sede de recurso especial, a violação ao art. 535 do CPC, nos termos da Súmula n. 211/STJ, que dispõe, **verbis**: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal **a quo**”.

Por outro lado, conheço do recurso quanto às demais questões versadas no apelo extremo, uma vez que a matéria restou devidamente prequestionada.

A **questio juris** diz respeito à incidência ou não do PIS sobre os atos não-cooperativos praticados pelas entidades cooperativas.

O Tribunal **a quo** negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, ao fundamento de que a contribuição ao PIS é devida pelas

cooperativas, na forma da Lei Complementar n. 07, de 1970, quando estas exercerem atos não-cooperativos, consoante se infere da ementa do acórdão hostilizado:

“3. É ilegítima a contribuição ao PIS das cooperativas à alíquota de 1% sobre a folha de pagamento mensal, de que cogita o § 6º do art. 4º do Regulamento do PIS (Resolução n. 174/1971).

*4. Afastadas as resoluções impugnadas (Resolução n. 174/1971 e Ato Declaratório CST n. 14/1985), a contribuição ao PIS é devida pelas cooperativas na forma da Lei Complementar n. 07, de 1970, quando estas exercerem atos não cooperativos, incidindo sobre o faturamento, nos termos do art. 3º, letra **b**, além daquela parcela calculada com base no imposto devido pela renda obtida com essas atividades, consoante dispõe a letra **a** do referido dispositivo, em decorrência da interpretação do art. 111 da Lei n. 5.764/1971.”* (Grifo nosso)

Com efeito, o art. 3º, alíneas **a** e **b**, § 4º, e o art. 11, da Lei Complementar n. 07/1970, dispõem, **verbis**:

“Art. 3º - O Fundo de Participação será constituído por duas parcelas:

a) a primeira, mediante dedução do Imposto de Renda devido, na forma estabelecida no § 1º deste artigo, processando-se o seu recolhimento ao Fundo juntamente com o pagamento do Imposto de Renda;

b) a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento, como segue:

omissis

§ 4º - As entidades de fins não lucrativos, que tenham empregados assim definidos pela legislação trabalhista, contribuirão para o Fundo na forma da lei.

omissis

Art. 11 - Dentro de 120 (cento e vinte) dias, a contar da vigência desta Lei, a Caixa Econômica Federal submeterá à aprovação do Conselho Monetário Nacional o regulamento do Fundo, fixando as normas para o recolhimento e a distribuição dos recursos, assim como as diretrizes e os critérios para a sua aplicação.

Por outro lado, os arts. 87 e 111 da Lei n. 5.764/1971, que define a política Nacional de Cooperativismo, dispõem:

Art. 87. Os resultados das operações das cooperativas com não-associa- dos, mencionados nos arts. 85 e 86, serão levados à conta do “Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social” e serão contabilizados em separado, de

molde a permitir cálculo para incidência de tributos.

(...)

Art. 111. Serão considerados como renda tributável os resultados positivos obtidos pelas cooperativas nas operações de que tratam os arts. 85, 86 e 88 desta lei.

In casu, razão não assiste à Cooperativa Agropecuária de Londrina Ltda.

Isto porque, esta Corte firmou entendimento de que não obstante as Resoluções impugnadas não sejam válidas em face da Lei Complementar n. 07/1970, esta, por outro lado, tem plena aplicação, motivo pelo qual pode ser cobrada das cooperativas tanto a contribuição para o PIS sobre o faturamento, quando exercerem atividades lucrativas (atos não cooperativos), nos termos do art. 3º, letra **b**, como aquela calculada com base no imposto devido pela renda obtida com essas atividades, como dispõe a letra **a** do citado dispositivo, em decorrência da interpretação do art. 111 da Lei n. 5.764/1971.

Deveras, em relação às entidades de fins não-lucrativos, a contribuição **in foco** não está apenas regulada pela Lei Complementar n. 07/1970, mas tem a disciplina complementar da Lei n. 5.764/1971. Há, portanto, que se considerar ambas as disposições, que se complementam, compondo uma única e exaustiva matéria, que torna plenamente operante e adequada e livre de eventuais dúvidas quanto à exigibilidade da contribuição devida ao Fundo de Participação, pelas cooperativas em relação aos atos não cooperativos.

Nesse sentido confirmam, à guisa de exemplo, julgados desta Corte, **verbis**:

“Tributário. PIS. Prescrição/decadência. Inocorrência. Repetição de indébito. Decretos-Leis ns. 2.445 e 2.449, de 1988. Entidades sem fins lucrativos. Lei complementar n. 07/1970. Fixação de alíquota de 1% sobre a folha de salários mensal. MP n. 1.212/1995. Resolução n. 174/1971 do Banco Central. Legalidade. Inexigibilidade da contribuição até fevereiro de 1996. A partir de então, devido o percentual de 1%. Precedentes.

1. Está uniforme na Primeira Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.

2. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. A pretensão foi

formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Não está consumado o prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária.

3. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis ns. 2.445 e 2.449, de 1988 (RE n. 148.754-2/RJ, Relator Ministro Carlos Velloso), com a posterior suspensão da execução dos aludidos diplomas pelo Senado Federal (Resolução n. 49/1995).

4. Afastados os referidos Decretos-Leis, a contribuição para o PIS passou a ser disciplinada pela LC n. 07/1970, e pelos instrumentos normativos que a regulamentaram, a exemplo da Resolução n. 174/1971, do Banco Central do Brasil.

5. É legítima a contribuição das cooperativas sem fins lucrativos à alíquota de 1% sobre a folha de pagamento mensal (art. 4º, § 6º, do Regulamento do PIS). A lei instituidora delegou expressamente à Caixa Econômica Federal a atribuição de regulamentar o Fundo. A forma da lei, prevista no art. 3º, § 4º, da referida lei, restou atendida pela Resolução Bacen n. 174/1971, alterada pela n. 409, elaborada pela CEF e aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, que veio regulamentar o PIS.

6. *Em relação às entidades de fins não lucrativos, a contribuição por elas devida ao PIS está regulada pelo art. 4º, § 3º, da LC n. 7/1970, e disciplinada pelo art. 4º, § 5º, do Regulamento do PIS. Ambas as normas, que se complementam, compõem uma única e exaustiva matéria, que torna plenamente operante, adequada e livre de eventuais dúvidas quanto à exigibilidade da contribuição devida ao Fundo de Participação pelas entidades de fins não lucrativos.*

7. *A inexistência da contribuição ao PIS sobre a folha de pagamento mensal dar-se-á até fevereiro de 1996, quando entrou em vigor a MP n. 1.212.1995, sendo, a partir de então, devido o percentual de 1%.*

8. Recurso não provido.” (REsp n. 614.002/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 31.05.2004)

“Tributário — PIS — Instituições sem fins lucrativos — Forma de cálculo da contribuição (art. 3º, § 4º, LC n. 07/1970) — Correção monetária — Plano Real — Verba honorária — Base de cálculo — Súmula n. 282-STF.

1. Aplica-se o teor da Súmula n. 282-STF quanto à tese em torno do art. 20, § 3º do CPC, que diz respeito à base de cálculo dos honorários advocatícios, por ausência de prequestionamento.

2. A LC n. 07/1970, ao estabelecer a cobrança do PIS, explicitou que as entidades sem fins lucrativos contribuiriam para a exação na forma da lei (art. 3º, § 4º).

3. Sem lei alguma, senão pela MP n. 1.212, de 28.11.1995, passou-se a cobrar o PIS de acordo com a Resolução n. 174/1971 do Conselho Monetário Nacional, de absoluta ilegalidade, porque somente a lei, em sentido formal e material, pode cumprir a determinação constante da LC n. 07/1970.

4. Pacificada a jurisprudência do STJ no sentido de que inexistem expurgos do Plano Real (julho e agosto/1994).

5. Recurso especial da autora não conhecido e provido em parte o recurso especial da Fazenda Nacional.” (REsp n. 462.235/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 28.06.2004)

Recurso especial. Contribuição para o PIS. Entidades sem fins lucrativos. Cooperativas. Lei Complementar n. 7/1970. Resolução n. 174/1971 do Conselho Monetário Nacional. Alíquota de 1% sobre a folha de salários mensal. Ofensa ao princípio da legalidade.

Não se trata, na verdade, de discussão sobre imunidade ou isenção da contribuição para o PIS, que teria, ou não, sido concedida às entidades sem fins lucrativos, mas sim da própria inexistência da contribuição no que tange àquelas pessoas jurídicas.

Não poderia mera resolução do Conselho Monetário Nacional fixar elementos essenciais da contribuição, já que, se a lei complementar, ao estabelecer normas gerais sobre a contribuição para o PIS, determina que tal ou qual definição deverá ser feita “na forma da lei”, deverá ela ser levada a efeito por lei ordinária e não por resolução, pois que em matéria tributária vigora o princípio da legalidade estrita.

O poder regulamentar concedido pela citada lei complementar à Caixa Econômica Federal, sob a aprovação do Conselho Monetário Nacional, restringe-se, como se depreende da simples leitura do art. 11 daquele dispositivo, a normas para o “recolhimento e a distribuição dos recursos, assim como as diretrizes e os critérios para a sua aplicação”. (Grifo nosso)

Os Decretos ns. 2.445/1988 e 2.449/1988 foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e tiveram sua eficácia suspensa pela Resolução n. 49/1995 do Senado Federal.

Tal entendimento somente poderá ser aplicado até o início da vigência da Medida Provisória n. 1.212, de 28 de novembro de 1995, respeitado o disposto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, a qual prevê, expressamente,

que “a contribuição para o PIS/Pasep será apurada mensalmente” (art. 2º) “pelas entidades sem fins lucrativos definidas como empregadoras pela legislação trabalhista, inclusive as fundações, com base na folha de salários” (art. 2º, inciso II), e será calculada com base na alíquota de “um por cento sobre a folha de salários” (art. 8º, inciso II).

Impõe-se considerar que, não obstante as resoluções impugnadas não sejam válidas em face da Lei Complementar n. 7/1970, esta, por outro lado, tem plena aplicação, motivo pelo qual pode ser cobrada das cooperativas tanto a contribuição para o PIS sobre o faturamento, quando exercerem atividades lucrativas (atos não cooperativos), nos termos do art. 3º, letra b, como aquela calculada com base no imposto de renda devido pelo faturamento obtido com essas atividades, como dispõe a letra a do citado dispositivo, em decorrência da interpretação do art. 111 da Lei n. 5.764/1971.

Recurso especial parcialmente provido.” (REsp n. 147.928/SC, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 17.09.2001)

No que pertine à compensação, sobreleva notar que, estando os tributos em questão sob a administração da Secretaria da Receita Federal, a eles é aplicável a Lei n. 9.430/1996, que em seu art. 74 (com redação dada pela Lei n. 10.637/2000) dispõe que:

“o sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos ou contribuições administrados por aquele órgão.

Disciplinando este dispositivo, foi editada a Instrução Normativa n. 210/2002, cujo art. 21 consigna que:

“o sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob a administração da SRF.”

Verifica-se que, em virtude da alteração legislativa levada a efeito pela Lei n. 10.637/2002, não há mais que se perquirir acerca da espécie dos tributos que se pretende compensados, uma vez que a lei de regência não mais alberga esta limitação. Forçoso concluir que, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, é possível a compensação, ainda que o destino de suas respectivas arrecadações não seja o mesmo.

Ocorre que, conforme já assinalado, a presente demanda foi ajuizada em 31.08.2000, data na qual se encontrava em vigor a Lei n. 9.430/1996, sem as alterações levadas a efeito pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002.

O art. 66 da Lei n. 8.383/1991 autoriza a compensação apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Receita. Por sua vez, o Decreto n. 2.138/1997, vigente à época da propositura da presente ação, que regulamentava o art. 74 da Lei n. 9.430/1996, ao mesmo tempo em que permitia a compensação entre créditos e débitos relativos a espécies tributárias distintas, estatuiu que a compensação deveria ser realizada pela própria Receita Federal:

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

(...)

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

Nesse contexto, verifica-se que à época da propositura da demanda (2000), não havia autorização legal para a realização da compensação pelo próprio contribuinte, autorização esta que somente adveio com a entrada em vigor da Lei n. 10.637, de 30.12.2002, sendo, pelo regime então vigente, indispensável o seu requerimento à Secretaria da Receita Federal. Infere-se, dessarte, que o pleito estampado na petição inicial não poderia, com base no direito então vigente, ser atendido.

In casu, considerando o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não há como acolhê-lo, porquanto a pretensão da autora não encontra respaldo legal. Nesse sentido, recentíssimos precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 516.660/PE, DJ de 24.05.2004; REsp n. 573.703/PR, DJ de 24.05.2004 e REsp n. 584.970/MG, DJ de 1º.07.2004, todos de relatoria do Ministro Teori Zavascki. Este último foi sumariado na seguinte ementa:

“Tributário. Repetição de indébito. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Prescrição. Nova orientação firmada pela Primeira Seção do STJ, na apreciação do EREsp n. 435.835/SC. Violação ao art. 535 do CPC. Existência de contradição. Compensação entre tributos diferentes. Correção monetária. Índices.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do EREsp n. 435.835/SC, Relator p/ o acórdão o Ministro José Delgado, Sessão de 24.03.2004, consagrou

o entendimento segundo o qual o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador — sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo prescricional, a causa do indébito. Adota-se o entendimento firmado pela Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal, no sentido da subordinação do termo **a quo** do prazo ao universal princípio da **actio nata** (voto-vista proferido nos autos do EREsp n. 423.994/SC, Primeira Seção, Ministro Peçanha Martins, Sessão de 08.10.2003).

2. No regime da Lei n. 9.430/1996, a compensação dependia de requerimento à autoridade fazendária, que, após a análise de cada caso, efetuaria ou não o encontro de débitos e créditos. Essa situação somente foi modificada com a edição da Lei n. 10.637/2002, que deu nova redação ao art. 74 da Lei n. 9.430/1996, autorizando, para os tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, a compensação de iniciativa do contribuinte, mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

3. À época da propositura da demanda (2001), não havia autorização legal para a realização da compensação pelo próprio contribuinte, sendo indispensável o seu requerimento à Secretaria da Receita Federal, razão pela qual o pedido veiculado na inicial não poderia, com base no direito então vigente, ser atendido.

4. No caso concreto, por força do princípio da vedação da **reformatio in pejus**, deve prevalecer o entendimento consubstanciado no acórdão recorrido, no sentido de possibilitar a compensação do Finsocial com valores relativos ao próprio Finsocial e à Cofins. Ressalva-se, por fim, o direito da autora de proceder à compensação dos créditos na conformidade com as normas supervenientes.

5. Está assentada nesta Corte a orientação segundo a qual são os seguintes os índices a serem utilizados na atualização das parcelas, na compensação de indébito tributário: (a) IPC, de março/1990 a janeiro/1991; (b) INPC, de fevereiro a dezembro/1991; (c) Ufir, a partir de janeiro/1992; (d) taxa Selic, exclusivamente, a partir de janeiro/1996.

6. Recurso especial da Fazenda Nacional a que se nega provimento.

7. Recurso especial da autora parcialmente provido.”

Ex positis, cumprindo a função uniformizadora do STJ, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

Tributário. PIS. Cooperativas. Incidência sobre a folha de salários e sobre as receitas decorrentes da prática de atos não-cooperativos. Inexistência de norma impositiva válida anterior à medida provisória 1.212/1995.

1. As sociedades cooperativas são, por natureza e por força de lei (Lei n. 5.764/1971, art. 3º), entidades de fins não-lucrativos. Com relação a elas não havia, na LC n. 7/1970, qualquer previsão de incidência do PIS sobre a sua receita, seja a decorrente de atos cooperativos, seja a de atos não-cooperativos, nem sobre a sua folha de salários. Havia apenas, nos termos do art. 3º, § 4º, autorização da Lei Complementar para que lei (ordinária, portanto) dispusesse sobre a forma como as entidades de fins não-lucrativos, “*que tenham empregados*”, contribuiriam para o Fundo.

2. No que se refere à incidência do PIS sobre a folha de salários, em 25.02.1971, o CMN editou a Resolução 174, disciplinado, em seu art. 4º, § 5º, a contribuição das entidades referidas no art. 3º, § 4º, da LC n. 7/1970. Todavia, não foi atendida, nessa imposição, a forma ali exigida: a resolução do CMN não é lei em sentido estrito, e daí a sua inaptidão para disciplinar a cobrança da contribuição, fixando alíquota e base de cálculo. Improcede o argumento segundo o qual o referido dispositivo da resolução teria amparo no art. 11 da Lei Complementar, que delegou à CEF e ao CMN competência para regular o recolhimento e a destinação dos recursos do Fundo, mas não para a criação de nova hipótese de incidência.

3. A incidência sobre a receita das cooperativas foi prevista, em 15.05.1985, pelo Ato Declaratório Normativo n. 14 da SRF, o qual, porém, padece dos mesmos vícios da Resolução do CNM: não pode ser considerado lei em sentido estrito e, como tal, não tem aptidão para impor a cobrança do PIS.

4. Diante do reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo STF e da edição da Resolução n. 49 do Senado Federal, são absolutamente ineficazes as normas do Decreto-Lei n. 2.445, de 29.06.1988, cujo art. 1º, V, impunha a contribuição para o PIS das “demais pessoas jurídicas de direito privado” à razão de “sessenta e cinco centésimos por cento da receita operacional bruta”.

5. Não havia, portanto, até 28.12.1995, norma jurídica válida apta a sustentar a exigência das sociedades cooperativas da contribuição para o PIS. Nessa data, surgiu a MP n. 1.212/1995, disciplinando a exigência do PIS em face das sociedades cooperativas, incidente sobre a folha de salários e sobre as receitas decorrentes da prática de atos não-cooperativos, na forma prevista em seu art. 2º. É sabido que a medida provisória, por ser instrumento normativo com força de lei, atende ao requisito da legalidade em sentido estrito, exigido no art. 3º, § 4º, da LC n. 7/1970.

6. Sobre o tema da aplicação no tempo dos sucessivos regimes legais de compensação tributária, a Primeira Seção, na apreciação do EREsp n. 488.992/MG, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 07.06.2004, assentou entendimento no sentido da inviabilidade da aplicação do direito superveniente, porque os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e nem foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, devendo, assim, o pedido ser apreciado à luz do quadro normativo vigente à época da propositura da demanda, o que não impede que a compensação seja realizada nos termos atualmente admitidos, desde que presentes os requisitos próprios.

7. Recurso especial parcialmente provido.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Cuida-se de recurso especial apresentado contra acórdão do TRF da 4ª Região que, em ação visando à autorização da compensação de valores recolhidos a título de PIS, afastou a exigência da contribuição com base nos Decretos-leis ns. 2.445/1988 e 2.449/1988, por inconstitucionais, e com base na Resolução n. 174/1971 do CMN, por infringência ao princípio da legalidade estrita, considerando, no entanto, legítima sua exigência nos moldes da Lei Complementar n. 7/1970, isto é, quanto aos atos não-cooperativos, “- incidindo sobre o faturamento, nos termos do art. 3º, letra **b**, além daquela parcela calculada com base no imposto devido pela renda obtida com essas atividades, consoante dispõe a letra **a** do referido dispositivo, em decorrência da interpretação do art. 111 da Lei n. 5.764/1971” (fl. 337). Decidiu ainda o Tribunal de origem que a compensação, a teor do art. 66 da Lei n. 8.383/1991, deve ocorrer apenas com débitos do próprio PIS, sendo inviável a aplicação da Lei n. 9.430/1996, que exige prévia postulação administrativa (fls. 362/363).

No especial, fundado na alínea **a**, a recorrente aponta ofensa aos arts. 97 do CTN, 3º, **b**, da LC n. 07/1970, 49 da Lei n. 10.637/2002 e 462 do CPC, sustentando, essencialmente, que (a) não havia na LC n. 07/1970 previsão de tributação pelo PIS

das sociedades cooperativas, quer sobre os atos cooperativos, quer sobre os não-cooperativos, a qual somente surgiu com a edição da MP n. 1.212/1995; (b) é possível, a teor das alterações promovidas pela Lei n. 10.637/2002, a compensação das parcelas pagas ao PIS com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal.

O Relator, Ministro Luiz Fux, negou provimento ao apelo, à consideração de que “a contribuição ao PIS é devida pelas cooperativas na forma da Lei Complementar n. 07, de 1970, quando estas exercerem atos não cooperativos, incidindo sobre o faturamento, nos termos do art. 3º, letra **b**, além daquela parcela calculada com base no imposto devido pela renda obtida com essas atividades, consoante dispõe a letra **a** do referido dispositivo, em decorrência da interpretação do art. 111 da Lei n. 5.764/1971” e de que “à época da propositura da demanda (2000), não havia autorização legal para a realização da compensação pelo próprio contribuinte, autorização esta que somente adveio com a entrada em vigor da Lei n. 10.637, de 30.12.2002, sendo, pelo regime então vigente, indispensável o seu requerimento à Secretaria da Receita Federal. Infere-se, dessarte, que o pleito estampado na petição inicial não poderia, com base no direito então vigente, ser atendido”.

Pedi vista.

2. Nos autos do REsp n. 421.711/RS, Primeira Turma, de minha relatoria, cujo julgamento foi iniciado em 24.11.2004, proferi voto sobre o tema ora em exame, nos seguintes termos:

“1. A contribuição para o Programa de Integração Social — PIS foi instituída pela Lei Complementar n. 07/1970, cujo art. 3º dispõe o seguinte:

Art. 3º - O Fundo de Participação será constituído por duas parcelas:

(omissis)

b) a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento, como segue:

- 1) no exercício de 1971, 0,15%;
- 2) no exercício de 1972, 0,25%;
- 3) no exercício de 1973, 0,40%;
- 4) no exercício de 1974 e subseqüentes, 0,50%.

(omissis)

§ 4º As entidades de fins não-lucrativos, que tenham empregados assim definidos pela legislação trabalhista, contribuirão para o Fundo na forma da lei.

(**omissis**)

As sociedades cooperativas são, por natureza e por força de lei (Lei n. 5.764/1971, art. 3^o), entidades de fins não-lucrativos. Não havia, portanto, na LC n. 07/1970, qualquer previsão de incidência do PIS sobre a sua receita, seja a decorrente de atos cooperativos, seja a de atos não-cooperativos, nem sobre a sua folha de salários. Havia apenas, nos termos do art. 3^o, § 4^o, autorização da Lei Complementar para que lei (ordinária, portanto) dispusesse sobre a forma como as entidades de fins não-lucrativos, “que tenham empregados”, contribuiriam para o Fundo.

2. No que se refere à incidência do PIS sobre a folha de salários, em 25.02.1971, o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução n. 174, disciplinado, em seu art. 4^o, § 5^o, a contribuição para o PIS das entidades referidas no citado art. 3^o, § 4^o, da LC n. 07/1970, nos seguintes termos:

Art. 3^o (**omissis**)

§ 3^o As entidades de fins não-lucrativos que tenham empregados assim definidos pela legislação trabalhista contribuirão para o Fundo com uma cota fixa de 1% (um por cento), incidente sobre a folha de pagamento mensal.

Bem se vê que não foi atendida, nessa imposição, a forma exigida: a resolução do CMN não é lei em sentido estrito, e daí a sua inaptidão para disciplinar a cobrança da contribuição para o PIS, fixando alíquota e base de cálculo.

Improcede, no particular, o argumento segundo o qual o referido dispositivo da resolução teria amparo no art. 11 da Lei Complementar. Dispõe esse artigo o seguinte:

Art. 11. Dentro de 120 (cento e vinte) dias, a contar da vigência desta lei, a Caixa Econômica Federal submeterá à aprovação do Conselho Monetário Nacional o regulamento do Fundo, fixando as normas para o recolhimento e a distribuição dos recursos, assim como as diretrizes e os critérios para a sua aplicação.

Parágrafo único. O Conselho Monetário Nacional pronunciar-se-á, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar do seu recebimento, sobre o projeto de regulamento do Fundo.

Como se percebe, o dispositivo delegou à Caixa Econômica Federal e ao CMN competência para regular o recolhimento e a destinação dos recursos do Fundo, mas não para a criação de nova hipótese de incidência. A ilegalidade da Resolução n. 174 do CMN, no tocante à fixação dos elementos da contribuição para o PIS das entidades sem fins lucrativos, foi reconhecida em precedentes assentados em ambas as Turmas da Primeira Seção, como, **v.g.**, nos seguintes: MC n. 5.315/PR, Segunda Turma,

Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 27.09.2004; REsp n. 462.235/PR, Segunda Turma, Ministra Eliana Calmon, DJ de 28.06.2004; EREsp n. 437.786/RS, Primeira Seção, Ministro Franciulli Netto, DJ de 19.12.2003; ADREsp n. 475.314/RS, Primeira Turma, Ministro Francisco Falcão, DJ de 20.10.2003; REsp n. 506.339/PR, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ de 15.09.2003; REsp n. 463.467/RS, Primeira Turma, Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 31.03.2003.

3. Por outro lado, no que se refere à incidência sobre a receita das cooperativas, em 15.05.1985, a Secretaria da Receita Federal editou o Ato Declaratório Normativo n. 14, cujo item 2 determinava:

2. Se houver prática de atos não-cooperativos por parte dessas sociedades [cooperativas], além da contribuição de 1% sobre a folha de pagamento, elas passarão a contribuir (a) à base de 0,75% sobre a receita bruta concernente à venda de bens a não associados; ou (b) à base de 5% sobre o Imposto de Renda devido, concernente à venda de serviços a não associados.

Tal ato declaratório padece dos mesmos vícios da Resolução do CNM, antes referida. Não pode ser considerado lei em sentido estrito e, como tal, não tem aptidão para impor a cobrança do PIS das sociedades cooperativas.

4. Sobreveio então o Decreto-Lei n. 2.445, de 29.06.1988 — posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e cuja execução foi suspensa pela Resolução n. 49 do Senado Federal, de 09.10.1995 —, cujo art. 1º tinha o seguinte teor:

Art. 1º A partir de 1º de julho de 1988, as contribuições mensais, com recursos próprios, para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público — Pasesp e para o Programa de Integração Social — PIS, passarão a ser calculado das seguintes formas:

(omissis)

V - demais pessoas jurídicas de direito privado, não compreendidas nos itens precedentes, bem assim as que lhe são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as serventias extrajurídicas não oficializadas: sessenta e cinco centésimos por cento da receita operacional bruta.

(omissis)

Diante do reconhecimento da sua inconstitucionalidade pelo STF e mesmo da edição da Resolução n. 49 do Senado Federal, é fora de qualquer dúvida a absoluta ineficácia das normas veiculadas no DL mencionado.

5. Não havia, portanto, até 28.12.1995, norma jurídica válida apta a sustentar a exigência das sociedades cooperativas da contribuição para o PIS. Nessa data,

surgiu a Medida Provisória n. 1.212/1995, disciplinando a exigência do PIS em face das sociedades cooperativas, incidente sobre a folha de salários e sobre as receitas decorrentes da prática de atos não-cooperativos, nos seguintes moldes:

Art. 2º A contribuição para o PIS/Pasep será apurada mensalmente:

I - pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês;

II - pelas entidades sem fins lucrativos definidas como empregadoras pela legislação trabalhista, inclusive as fundações, com base na folha de salários;

(omissis)

Parágrafo único. As sociedades cooperativas, além da contribuição sobre a folha de pagamento mensal, pagarão, também, a contribuição calculada na forma do inciso I, em relação às receitas decorrentes de operações praticadas com não associados.

É sabido que a medida provisória, por ser instrumento normativo com força de lei, atende ao requisito da legalidade em sentido estrito, exigido no art. 3º, § 4º, da LC n. 07/1970.”

Nos termos da fundamentação expandida, deve ser provido, no ponto, o recurso especial, para afirmar a inexistência de obrigação do recolhimento do PIS por sociedade cooperativa até o advento da MP n. 1.212/1995.

3. Quanto ao segundo tópico, referente à possibilidade de ampliação dos termos da compensação, para abranger débitos futuros de outras exações arrecadadas pela Receita Federal, com amparo na legislação superveniente, acompanho o Ministro-Relator, cujo voto se ampara na orientação adotada pela Turma em casos análogos e sintetizada, **v. g.**, no EREsp n. 488.992/MG, Primeira Seção, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 07.06.2004.

4. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, para restabelecer integralmente as conclusões da sentença de primeiro grau. É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: O eminente Relator assentou, no voto proferido, que:

a) a contribuição do PIS é devida pelas cooperativas na forma da LC n. 07, de 1970, no referente aos atos não-cooperativos, isto é, incidindo sobre o faturamento desses atos;

b) na época da propositura da demanda (2000), não havia autorização legal para a compensação pelo próprio contribuinte, hipótese que somente surgiu com a Lei n. 10.637, de 30.12.2002.

Negou, com base nesses dois fundamentos, provimento ao recurso.

Os precedentes jurisprudenciais invocados pelo Relator (REsps ns. 614.062; 462.235 e 147.928) sobre o PIS atestaram o acerto dos fundamentos desenvolvidos.

No referente ao pedido de compensação sobre valores tidos como tributários e recolhidos indevidamente, entendeu o Relator, fundamentando-se no precedente firmado pelos REsps ns. 516.160, 573.703 e 584.970, por a ação ter sido iniciada em 31.08.2000, não haver autorização para esse proceder.

Afirma o Relator que o direito pretendido só surgiu com a Lei n. 10.637, de 2002.

Embora tenha entendimento em sentido contrário no referente à compensação questionada, acompanho, com ressalva do meu ponto de vista, o Relator.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 673.572 — RS (2004/0122996-2)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Estado do Rio Grande do Sul — Daer/RS

Procuradores: Sérgio de Barcellos Boehl e outros

Recorrido: Augusto Maas

Advogados: Valmor Luiz Abegg e outros

EMENTA

Administrativo. Desapropriação indireta. Laudo pericial. Nulidade. Acolhimento. Prejudicado o exame das demais questões suscitadas pelo recorrente. Recurso especial provido para anular o processo e determinar a realização de nova perícia.

1. Nos autos de ação de desapropriação indireta movida por Augusto Maas contra o Daer/RS — Departamento Autônomo de Estradas de

Rodagem do Rio Grande do Sul, que em grau de apelação foi assim relatada (fls. 189/192):

“Demanda. Cuidam os autos de ação de indenização por perdas e danos ajuizada por Augusto Maas contra o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem-Daer.

Relata o autor que o demandado, para construir a Rodovia RS-520, desapropriou, de forma amigável, o imóvel rural de sua propriedade, que possuía benfeitorias mecanizadas, com área superficial de 14.640m², através de compromisso de compra e venda, firmado em 22 de fevereiro de 1986.

Em que pese ter sido a desapropriação efetivada de forma amigável, o demandado não cumpriu com sua obrigação de indenizar de forma justa e prévia em dinheiro. A avaliação foi feita de forma unilateral pelo demandado não tendo sido depositada a quantia relativa, no prazo de sessenta dias, como estabelecido no art. 18 do Decreto-Lei n. 512, de 21.03.1969.

Em razão de já haverem se passado mais de 10 anos, não há como o demandado lhe pagar o valor estabelecido no contrato, uma vez que tal valor não corresponde mais à realidade do imóvel.

Requeru o pagamento de justa indenização, lucros cessantes e juros compensatórios de 1% ao mês, desde 22.02.1986. Postulou o benefício da AJG e juntou documentos.

Em contestação o demandado argüi, *em preliminar*, a prescrição quinquenal.

No mérito, sustenta que foi firmado um contrato particular de compromisso de compra e venda, em 22.02.1986, perfeitamente válido. Disse que deve ser cumprido o referido contrato, com o pagamento do preço estipulado de forma atualizada.

Requeru o acolhimento da preliminar, ou a improcedência da ação.

Juntou documentos.

O Ministério Público manifestou-se pelo prosseguimento do feito, com nomeação de perito e realização de prova pericial.

Foi determinada a realização de perícia e nomeado perito tendo o *expert* se manifestado às fls. 64/65, com a avaliação procedida no imóvel.

O Ministério Público manifestou-se pela procedência da ação (fls. 114/118).

Sentença. Julgou procedente a ação para condenar o requerido ao pagamento de indenização por desapropriação indireta, no valor de R\$ 2.850,00 o hectare da propriedade do autor, correspondendo sua área de terras desapropriadas a 14.640m², corrigido monetariamente pelo IGP-M, desde 12.03.1999, e com incidência de juros compensatórios de 1% ao mês, a partir do desapossamento (22.02.1986), capitalizados anualmente, sobre o valor da indenização, com acréscimo, ainda, de juros moratórios de 6% ao ano, desde a citação. Condenou, por fim, o Daer ao pagamento das custas, dos honorários advocatícios, fixados estes em 15% sobre o valor da causa (fls. 120/125).

Apelação. (Augusto Maas) Tempestiva e sem preparo (AJG).

Fundamentos: *a)* o juiz deveria ter tomado como valor correto o alcançado pelo perito e não aquele arbitrado de forma aleatória pelo julgador; *b)* a verba honorária deve incidir sobre o valor da indenização e não sobre o valor da causa; *c)* a correção monetária pelo IGP-M deve ter início desde o ajuizamento da ação — 03.09.1997 — e não a partir de 12.03.1999, como quer a sentença, pois é aquela data em que foi instaurado o litígio.

Requer a reforma da sentença nos itens já referidos (fls.127/131).

Contra-razões. (Daer).

Alega que o laudo pericial foi incompleto, uma vez que não especificou com clareza qual o método utilizado para se obter os valores alcançados, mal exemplificando os negócios efetuados e que embasam tais valores e não estabelecendo, também, qual o desvio padrão utilizado. Por tais motivos não pode ser utilizado como embasamento para estabelecer o valor das terras desapropriadas.

Pede a manutenção da sentença neste ponto (fls. 133/138).

Apelação. (Daer). Tempestiva.

Fundamentos: *a)* reedita o argumento de que ocorreu a prescrição, que é de cinco anos, a teor do disposto no art. 10º do Decreto-Lei n. 3.365/1941; *b)* mesmo que não se entendesse aplicável o parágrafo único do art. 10º do Decreto-Lei n. 3.365/1941, estatuto específico das desapropriações, mesmo assim impositivo seria o reconhecimento da prescrição, haja vista o contido no Decreto n. 20.910/1932; *c)* tratando-se de área rural, à

margem da rodovia, onde ocorre mera limitação administrativa, não é indenizável; c) os juros moratórios são devidos tão-somente a contar de 1^o de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ter sido feito, entendido este como aquele em que deve ser pago o precatório; d) os juros compensatórios também deverão ser de 6% ao ano, e não de 1% ao mês, como decidido na sentença; e) não é possível a capitalização anual dos juros compensatórios, o que deve ser excluído; f) a sentença que fixar o valor da indenização, quando este for superior ao preço oferecido, condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4^o do art. 20 do Código de Processo Civil. Como alternativa deverá ser acolhido o entendimento assentado no Segundo Grupo Cível do Tribunal de Justiça, no sentido de que a verba honorária, em ação ordinária de indenização por desapropriação indireta deve ser fixada no percentual de 8% sobre o valor da causa.

Pede a reforma da decisão e prequestiona preceitos constitucionais e legislação infraconstitucional que refere (fls. 139/151).

Contra-razões. (Augusto Maas).

Transcorreu **in albis** o prazo para resposta (certidão de fl. 163 v.).

Ministério Público. Em primeiro grau de jurisdição, opina pelo provimento do recurso do autor, reformando-se a sentença prolatada para que a indenização seja calculada com base no laudo pericial. Quanto ao apelo do Daer, que seja conhecido e improvido.

Nesta instância recursal, opina, preliminarmente, pela rejeição da prescrição quinquenal, e pela nulidade do processo, a fim de ser realizada nova prova pericial, prejudicados os demais aspectos suscitados em ambos os recursos (fls. 164/167 e 170/175).”

2. Os apelos receberam acórdão com a seguinte Súmula:

“Apelação cível. Desapropriação indireta. Rodovia. Prescrição. Justo preço. Faixa de servidão **non aedificandi**. Correção monetária. Juros. Honorários.

A desapropriação indireta constitui apossamento indevido do imóvel, o que configura esbulho de propriedade particular.

A prescrição em desapropriação indireta é vintenária, como disposto na Súmula n. 119 do STJ.

A perícia é a melhor forma de aquilatar o valor do bem desapropriado.

Também merece indenização a faixa de servidão **non aedificandi** pois fazia ela parte do imóvel do qual foi desapossado o seu proprietário.

A correção monetária conta-se, **in casu**, sobre o valor encontrado no laudo e a partir dele.

Juros compensatórios, incidindo sobre o valor da indenização, fluem a contar da data em que se efetivou o ato ilegal (Súmula n. 114 do STJ), no percentual de 12% (doze por cento) ao ano, sendo incabível, por falta de amparo legal, a sua capitalização anual.

Os juros moratórios fluem do trânsito em julgado da sentença (Súmula n. 70 do STJ).

Os honorários advocatícios devem incidir sobre o valor da condenação.

Recursos parcialmente providos, confirmada, no mais, a sentença, em reexame necessário.”

3. Foi interposto recurso especial pelo Daer sustentando nulidade do laudo pericial por violação dos arts. 27 do DL n. 3.365/1941, e, no mérito, infringência aos arts. 27, § 1^a, 15-B do DL n. 3.365/1941 (redação dada pela MP n. 2.183-56/2001), 165, 458, II e 460 do Código Processual Civil.

4. Embora, na livre apreciação da prova, o julgador não se ache adstrito aos laudos periciais, podendo, para o seu juízo, valer-se de outros elementos de prova existentes nos autos, é preciso atentar para a necessidade de observância do princípio da justa indenização. **In casu**, há razoabilidade na designação de nova perícia técnica no intuito de se aferir, com maior segurança, o valor real do imóvel desapropriado, em face da inexatidão técnica e científica do laudo apresentado, assim como a desproporcionalidade de valores apresentados pelo referido laudo e a estimativa fiscal efetuada pelo Município de Humaitá — RS.

5. Recurso especial provido para acolher a preliminar de nulidade do laudo pericial e anular o processo para que nova perícia seja realizada ficando prejudicado o exame do recurso quanto às demais questões suscitadas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 18.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuidam os autos de ação de desapropriação indireta movida por Augusto Maas contra o Daer/RS — Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Rio Grande do Sul, que em grau de apelação foi assim relatada (fls. 189/192):

“*Demanda.* Cuidam os autos de ação de indenização por perdas e danos ajuizada por Augusto Maas contra o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem — Daer.

Relata o autor que o demandado, para construir a Rodovia RS-520, desapropriou, de forma amigável, o imóvel rural de sua propriedade, que possuía benfeitorias mecanizadas, com área superficial de 14.640m², através de compromisso de compra e venda, firmado em 22 de fevereiro de 1986.

Em que pese ter sido a desapropriação efetivada de forma amigável, o demandado não cumpriu com sua obrigação de indenizar de forma justa e prévia em dinheiro. A avaliação foi feita de forma unilateral pelo demandado não tendo sido depositada a quantia relativa, no prazo de sessenta dias, como estabelecido no art. 18 do Decreto-Lei n. 512, de 21.03.1969.

Em razão de já haverem se passado mais de 10 anos, não há como o demandado lhe pagar o valor estabelecido no contrato, uma vez que tal valor não corresponde mais à realidade do imóvel.

Requeru o pagamento de justa indenização, lucros cessantes e juros compensatórios de 1% ao mês, desde 22.02.1986. Postulou o benefício da AJG e juntou documentos.

Em contestação o demandado argüi, *em preliminar*, a prescrição quinquenal.

No mérito, sustenta que foi firmado um contrato particular de compromisso de compra e venda, em 22.02.1986, perfeitamente válido. Disse que deve ser cumprido o referido contrato, com o pagamento do preço estipulado de forma atualizada.

Requeru o acolhimento da preliminar, ou a improcedência da ação.

Juntou documentos.

O Ministério Público manifestou-se pelo prosseguimento do feito, com nomeação de perito e realização de prova pericial.

Foi determinada a realização de perícia e nomeado perito tendo o **expert** se manifestado às fls. 64/65, com a avaliação procedida no imóvel.

O Ministério Público manifestou-se pela procedência da ação (fls. 114/118).

Sentença. Julgou procedente a ação para condenar o requerido ao pagamento de indenização por desapropriação indireta, no valor de R\$ 2.850,00 o hectare da propriedade do autor, correspondendo sua área de terras desapropriadas a 14.640m², corrigido monetariamente pelo IGP-M, desde 12.03.1999, e com incidência de juros compensatórios de 1% ao mês, a partir do desapossamento (22.02.1986), capitalizados anualmente, sobre o valor da indenização, com acréscimo, ainda, de juros moratórios de 6% ao ano, desde a citação. Condenou, por fim, o Daer ao pagamento das custas, dos honorários advocatícios, fixados estes em 15% sobre o valor da causa (fls. 120/125).

Apelação. (Augusto Maas) Tempestiva e sem preparo (AJG).

Fundamentos: a) o juiz deveria ter tomado como valor correto o alcançado pelo perito e não aquele arbitrado de forma aleatória pelo julgador; b) a verba honorária deve incidir sobre o valor da indenização e não sobre o valor da causa; c) a correção monetária pelo IGP-M deve ter início desde o ajuizamento da ação — 03.09.1997 — e não a partir de 12.03.1999, como quer a sentença, pois é aquela data em que foi instaurado o litígio.

Requer a reforma da sentença nos itens já referidos (fls.127/131).

Contra-razões. (Daer).

Alega que o laudo pericial foi incompleto, uma vez que não especificou com clareza qual o método utilizado para se obter os valores alcançados, mal exemplificando os negócios efetuados e que embasam tais valores e não estabelecendo, também, qual o desvio padrão utilizado. Por tais motivos não pode ser utilizado como embasamento para estabelecer o valor das terras desapropriadas.

Pede a manutenção da sentença neste ponto (fls. 133/138).

Apelação. (Daer). Tempestiva.

Fundamentos: *a)* reedita o argumento de que ocorreu a prescrição, que é de cinco anos, a teor do disposto no art. 10º do Decreto-Lei n. 3.365/1941; *b)* mesmo que não se entendesse aplicável o parágrafo único do art. 10 do Decreto-Lei n. 3365/1941, estatuto específico das desapropriações, mesmo assim impositivo seria o reconhecimento da prescrição, haja vista o contido no Decreto n. 20.910/1932; *c)* tratando-se de área rural, à margem da rodovia, onde ocorre mera limitação administrativa, não é indenizável; *d)* os juros moratórios são devidos tão-somente a contar de 1ª de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ter sido feito, entendido este como aquele em que deve ser pago o precatório; *e)* os juros compensatórios também deverão ser de 6% ao ano, e não de 1% ao mês, como decidido na sentença; *f)* não é possível a capitalização anual dos juros compensatórios, o que deve ser excluído; *g)* a sentença que fixar o valor da indenização, quando este for superior ao preço oferecido, condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil. Como alternativa deverá ser acolhido o entendimento assentado no Segundo Grupo Cível do Tribunal de Justiça, no sentido de que a verba honorária, em ação ordinária de indenização por desapropriação indireta deve ser fixada no percentual de 8% sobre o valor da causa.

Pede a reforma da decisão e prequestiona preceitos constitucionais e legislação infraconstitucional que refere (fls. 139/151).

Contra-razões. (Augusto Maas).

Transcorreu **in albis** o prazo para resposta (certidão de fl. 163 v.).

Ministério Público. Em primeiro grau de jurisdição, opina pelo provimento do recurso do autor, reformando-se a sentença prolatada para que a indenização seja calculada com base no laudo pericial. Quanto ao apelo do Daer, que seja conhecido e improvido.

Nesta instância recursal, opina, preliminarmente, pela rejeição da prescrição quinquenal, e pela nulidade do processo, a fim de ser realizada nova prova pericial, prejudicados os demais aspectos suscitados em ambos os recursos (fls. 164/167 e 170/175).”

O apelo recebeu julgamento assim ementado (fl. 188):

“*Apelação cível.* Desapropriação indireta. Rodovia. Prescrição. Justo preço. Faixa de servidão **non aedificandi**. Correção monetária. Juros. Honorários.

A desapropriação indireta constitui apossamento indevido do imóvel, o que configura esbulho de propriedade particular.

A prescrição em desapropriação indireta é vintenária, como disposto na Súmula n. 119 do STJ.

A perícia é a melhor forma de aquilatar o valor do bem desapropriado.

Também merece indenização a faixa de servidão non aedificandi pois fazia ela parte do imóvel do qual foi desapossado o seu proprietário.

A correção monetária conta-se, in casu, sobre o valor encontrado no laudo e a partir dele.

Juros compensatórios, incidindo sobre o valor da indenização, fluem a contar da data em que se efetivou o ato ilegal (Súmula n. 114 do STJ), no percentual de 12% (doze por cento) ao ano, sendo incabível, por falta de amparo legal, a sua capitalização anual.

Os juros moratórios fluem do trânsito em julgado da sentença (Súmula n. 70 do STJ).

Os honorários advocatícios devem incidir sobre o valor da condenação.

Recursos parcialmente providos, confirmada, no mais, a sentença, em reexame necessário.”

Foram opostos embargos declaratórios pelo Daer/RS sustentando estar o acórdão contraditório porque reconhecendo a possibilidade de capitalizar os juros compensatórios, não o fez quanto aos juros moratórios e honorários de advogado, e omisso porque não se pronunciou sobre a nulidade da perícia.

Os embargos foram rejeitados ao pálio da Súmula abaixo transcrita (fl. 210):

“Embargos de declaração. Pertinência. Função específica. Contradição. Omissão. Defeito inexistente.

É óbvio que se pode discordar, ou acoiar o aresto de injusto, ilegal etc... No caso concreto, todavia, o acórdão não é contraditório, tampouco omisso. Logo, a irresignação da parte embargante escapa deste plano recursal.

Embargos desacolhidos.”

Novos embargos de declaração foram desafiados pelo Daer/RS, repisando os mesmos argumentos expendidos nos primeiros embargos declaratórios.

O julgamento dos embargos mereceu o seguinte acórdão (fl. 221):

“Embargos de declaração. Pertinência. Função específica. Defeito inexistente.

O recurso de embargos de declaração, na hipótese de haver sido resolvida a matéria vertida nos autos, não se presta para responder a questionamentos sobre meros pontos de fato, reexame do mérito ou explicitação de

dispositivos legais, tampouco pode ser usado para permitir a interposição de recurso extraordinário, pois a Súmula n. 356 do STJ não criou novo caso de embargos de declaração.

Embargos desacolhidos.”

O Daer/RS interpõe recurso especial pela letra **a** da permissão constitucional, alegando a violação de preceitos infraconstitucionais, debruçado em argumentação assim deduzida:

— nulidade do processo a partir do laudo de 1ª grau, por ausência total de fundamentação do perito ao elaborá-lo;

— nulidade do acórdão guerreado que assentou o valor da indenização em R\$ 4.560,00 (quatro mil quinhentos e sessenta reais), enquanto a sentença determinou o valor de R\$ 2.850,00 (valor do imóvel para fins de lançamento de tributo municipal);

— deve ser reduzido o valor da indenização para o que foi fixado na sentença com a não-indenização da área de servidão;

— a fluência dos juros moratórios deve se dar nos termos do art. 15-B do DL n. 3.365/1941, através da MP n. 2.109-47/2000 e não conforme a Súmula n. 70/STJ já que entrou em vigor posteriormente à edição da referida Súmula;

— excessivamente alta a verba honorária de 15% sobre o valor da condenação em face do disposto no art. 27, § 1ª, do DL n. 3.365/1941.

Ocorreu, segundo afirma, afronta aos arts. 27, § 1ª, 15-B do DL n. 3.365/1941 (redação dada pela MP n. 2.183-56/2001), 165, 458, II e 460 do Código Processual Civil, os quais preconizam:

“Art. 15-B. Nas ações a que se refere o art. 15-A, os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1ª de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição.”

“Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.

§ 1ª A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do

advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais).”

“Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.”

“Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;”

“Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

Com fulcro no acima delineado articula pedido do seguinte teor (fl. 240):

“Isto posto, pede que seja prolatada uma nova decisão para anular o processo desde a edição do laudo pericial, e, em assim não sendo, pede a anulação do acórdão guerreado, e em assim não sendo, pede seja restabelecido o valor fixado na sentença a título de terra nua com a dedução da área **non aedificandi**, e, a fixação de novo marco temporal para a fluência dos juros moratórios com a redução da verba honorária nos termos da lei em vigor.”

Foram ofertadas contra-razões pelo recorrido, fls. 245/248, aduzindo, em suma:

- inadmissibilidade do recurso por incidência da Súmula n. 07-STJ;
- a argumentação em torno do laudo de 1ª grau é infrutífera pois confirmado em 2ª Grau;
- correto o valor da indenização fixado no acórdão impugnado posto que calculados juros compensatórios mais moratórios, mais correção monetária, além de se considerar para fins de indenização a faixa de servidão **non aedificandi**, que fazia parte do imóvel expropriado;
- os juros compensatórios devem fluir da data de concretização do ato ilegal (Súmula n. 114-STJ) e os moratórios do trânsito em julgado da sentença (Súmula n. 70-STJ);
- correta fixação dos honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação.

Parecer ministerial de fls. 250/261, opinando pela nulidade do laudo pericial de primeiro grau.

Decisão de fls. 262v/264, admitindo o recurso interposto.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Acolho a preliminar de nulidade do laudo pericial suscitada pelo recorrente, tecendo a respeito algumas considerações pertinentes.

O estudo da questão relativa à perícia, no processo expropriatório, envolve a análise conjunta de dispositivos do Decreto-Lei n. 3.365/1941 e das normas do Código de Processo Civil, as quais se aplicam subsidiariamente à espécie, por força do art. 42 do mencionado decreto-lei.

O Estatuto Processual dispõe, expressamente, que o juiz pode determinar, de ofício, a realização de nova prova pericial quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida, conforme lhe autoriza o teor do art. 437, sem infringir o princípio da inércia da jurisdição (art. 2º). Naturalmente, ao recusar o laudo, deve indicar, de modo satisfatório, os motivos de seu convencimento (CPC, arts. 131 e 458, II).

É claro que, na livre apreciação da prova, o julgador não se acha adstrito aos laudos periciais, podendo, para o seu juízo, valer-se de outros elementos de prova existentes nos autos.

Outros preceitos dispostos no CPC sobre o tema:

— Art. 131. “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

— Art. 436. “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”.

— Art. 438. “A segunda perícia tem por objetivo os mesmos fatos sobre que recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu”.

— Art. 439. “A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira. Parágrafo único. A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra”.

Segundo o eminente Ministro Athos Carneiro, “O juiz forma sua convicção pelo método da crítica sã do material probatório, não estando adstrito aos laudos periciais, cuja utilidade é evidente, mas que não se apresentam cogentes, nem em seus

fundamentos nem por suas conclusões, ao magistrado, a quem a lei confia a responsabilidade pessoal e direta da prestação jurisdicional” (AgRg no Ag n. 12.047/RS, DJ 09.09.1991).

O art. 27 do DL n. 3.365/1941 dispõe que o juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente.

Essas circunstâncias todas deverão sempre ser observadas para a fixação do valor dos bens, uma vez que esse é o principal — senão o único — objetivo da perícia na ação expropriatória. Essas particularidades são as que irão motivar o convencimento do magistrado na estipulação do **quantum** indenizatório.

No caso presente, creio que não restou devidamente preenchido o requisito da justa indenização, em face da inexatidão técnica e científica do laudo apresentado, assim como a desproporcionalidade de valores apresentados pelo referido laudo e a estimativa fiscal efetuada pelo Município de Humaitá — RS, sendo este último o considerado pela sentença para fixar o valor da indenização.

No particular, reconheço como corretos os fundamentos desenvolvidos pelo parecer ministerial e a conclusão a que chegou quando às fls. 176/179, discorreu acerca do assunto, motivo pelo qual o transcrevo:

“Do laudo pericial, sua avaliação, a previsão na promessa de compra e venda e o valor indenizatório fixado na sentença com base em avaliação do Município.

Não assiste razão ao Daer/RS quando pretende sustentar a validade do documento de fls. 08 e 37/40, o qual não se encontra perfectibilizado, seja porque ausente as duas testemunhas (art. 135 do CC), seja porque não ratificado pelo órgão interno com atribuições legais para tanto, conforme estipulado na sua terceira cláusula. Assim, inexistindo negócio jurídico válido e eficaz que autorizasse a ocupação pelo apelante, é forçoso concluir que a sua postura configura esbulho, passível de indenização por desapropriação indireta nos exatos termos propostos na petição inicial. Correta, pois, a postura do juízo **a quo** ao desconsiderar o valor ali consignado como referencial à fixação do montante indenizatório.

De outra parte, a leitura do laudo de fls. 64/65 demonstra a total ausência de uso de critérios técnico-científicos e objetivos à obtenção do preço justo do imóvel desapropriado. Segundo se depreende, o perito utilizou-se apenas e

tão-somente de singelo método comparativo de preços. É certo que esse método, quando utilizado com rigor científico, possui significativo valor, contudo é preciso que o técnico considere e especifique as particularidades de cada um dos imóveis para que aponte o preço justo do bem expropriado, descrevendo-as. Não é isso que ocorreu na perícia efetuada nestes autos, onde o *expert* restringiu-se a anexar algumas escrituras públicas e registros de imóveis similares que em nada contribuem ao esclarecimento do valor indenizatório, porquanto confeccionados em datas distantes. Especialmente porque o perito nada informa sobre o modo como realizou esse processo comparativo.

Ademais, cumpria ao perito precisar localização de cada imóvel utilizado como paradigma, bem como descrever suas particularidades (p.e.: proximidade da zona urbana; área útil produtiva; distância da rodovia; existência ou não de benfeitorias etc.), que possam justificar uma maior ou menor valoração do bem expropriado. A juntada de uma única avaliação de área situada em Herval Grande, Município de Humaitá, firmada por um corretor imobiliário (fl. 67), demonstra-se insuficiente, seja por sê-la única, seja porque desacompanhada de outros elementos técnico-científicos necessários a ratificá-la.

Portanto, o perito deveria ter utilizado, além do método comparativo, que, no caso concreto, não ofereceu elementos técnico-científicos suficientes, também de um tratamento matemático-estatístico mediante regressão e correlação, segundo previsão contida na NB n. 502/1989 e outras normas técnicas próprias à elaboração de cálculos e avaliações de imóveis.

Em suma, como dito pelo Procurador do Estado às fls. 95/96,... tal perícia encontra-se incompleta, vez que não especifica com clareza qual o método utilizado para se obter os valores apresentados, mal exemplifica os negócios efetuados que embasaram tais valores, não estabelece qual o desvio padrão utilizado, devendo tal perícia ser refeita neste aspecto, bem como prestados os esclarecimentos da forma com que se chegou ao valor da avaliação.

E a oitiva do perito em audiência (fl. 104) pouco ou nada esclareceu quanto a esses aspectos relevantes.

Destarte, diante de tais defecções da perícia e atento ao disposto no art. 436 do CPC o juiz monocrático agiu corretamente ao não se vincular ao laudo pericial. Porém, incidiu em equívoco ao adotar, de forma pura e simples, a avaliação elaborada pela fiscalização do Município de Humaitá (fl. 68), que não apresenta qualquer fundamentação técnico-científica e/ou mercadológica, restringindo-se a indicar um valor genérico aos imóveis situados na zona rural para fins tributários.

O juízo **a quo**, em face da grande desproporcionalidade de valores apresentados entre o laudo pericial — 300 (trezentas) sacas de soja por hectare —, além da sua deficiência de fundamentação, e a estimativa fiscal efetuada pelo Município de Humaitá — R\$ 2.850,00 (dois mil, oitocentos e cinquenta reais) por hectare —, deveria ter determinado a realização de *nova perícia*, nos termos do permissivo contido no art. 437 do CPC.

Assim sendo, é imprescindível a declaração de nulidade do processo, determinando-se a realização de nova perícia, ocasião em que o perito deverá também considerar a área **non aedificandi**, conforme sustentado pelo Daer/RS, efetuando dois cálculos diferenciados, com e sem a sua inclusão.

Do exposto, opino, em preliminar, pela rejeição da prescrição quinquenal, e pela nulidade do processo, a fim de ser realizada nova prova pericial, prejudicados os demais aspectos suscitados em ambos os recursos.”

Diante da fundamentação acima exposta, acolho a preliminar de nulidade do laudo pericial e anulo o processo para que nova perícia seja realizada, ficando prejudicado o exame do recurso quanto às demais questões suscitadas.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 674.392 — SC (2004/0115288-3)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Theo Francisco Germano

Advogados: Milton Terra Machado e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Cíntia Lacroix Farina e outros

EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Pagamento de adicional noturno, horas extras e gratificações. Regime tributário. Configuração do fato gerador.

1. O imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador, nos termos do art. 43 e seus parágrafos do CTN, os “acréscimos patrimoniais”, assim entendidos os acréscimos ao patrimônio material do contribuinte.

2. Indenização é a prestação em dinheiro, substitutiva da prestação específica, destinada a reparar ou recompensar o dano causado a um bem jurídico, quando não é possível ou não é adequada a restauração **in natura** do bem jurídico atingido. Não tem natureza indenizatória, portanto, o pagamento — ainda que imposto por condenação trabalhista — correspondente a uma prestação que, originalmente (= independentemente da ocorrência de lesão), era devida em dinheiro. O que há, em tal caso, é simples adimplemento, embora a destempe e por execução forçada, da própria prestação **in natura**.

3. No caso dos autos, o pagamento feito em decorrência de sentença trabalhista, a título de gratificações, horas extras e adicional noturno, manteve sua natureza original de prestação remuneratória. E, mesmo que de indenização se tratasse, estaria ainda assim sujeito à tributação do imposto de renda, já que (a) importou acréscimo patrimonial e (b) não está arrolado entre as hipóteses de isenção previstas em lei (art. 39 do RIR, aprovado pelo Decreto n. 3.000/1999).

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 24 de maio de 2005. (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 06.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial (fls. 159/176) interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em ação de repetição de indébito, na qual o autor visa a restituição do imposto de renda incidente sobre gratificações semestrais, gratificação extraordinária, diferenças salariais decorrentes de equiparação, horas extras e adicionais noturnos, recebidas em execução de sentença trabalhista. O aresto atacado encontra-se assim ementado:

Tributário. Imposto de renda. Reclamatória trabalhista. Adicional noturno. Horas extras. Gratificações. FGTS. Honorários.

1. Os valores pagos em virtude de reclamatória trabalhista e a título de adicional noturno, ressarcimento por horas extras e gratificações não adimplidas no momento oportuno caracterizam acréscimo patrimonial, fato gerador do imposto de renda. 2. Não houve incidência de imposto de renda sobre FGTS e respectivo acréscimo de 40%. 3. Verba honorária mantida em 10% sobre o valor da causa, com base no disposto no art. 20, § 4º, do CPC. (fl. 147).

Interpostos embargos de declaração, foram acolhidos apenas para o fim de prequestionamento dos arts. 116, II, do CTN e 153, II da Constituição.

No recurso especial, o recorrente aponta violação aos arts. 43, I, e 116, II, do CTN, alegando, em síntese, que o fato gerador do imposto de renda implica a existência de ganho efetivo (disponibilidade econômica ou jurídica), o que não se verificou no caso em tela, pois, as parcelas recebidas têm caráter indenizatório, de recomposição patrimonial.

Não foram apresentadas contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Há duplo equívoco na tese do recurso: (a) o de se supor que o pagamento feito tem natureza indenizatória e (b) o de que supor que, por ser indenização, o valor pago estaria automaticamente fora do campo da tributação do imposto de renda. Com efeito, veja-se.

2. Arrolado pela Constituição Federal como de competência da União (CF, art. 153, III), o imposto sobre “renda e proventos de qualquer natureza” tem a definição de seu fato gerador definida em lei complementar (CF, art. 146, III, a), mais especificamente no art. 43 e seus parágrafos do Código Tributário Nacional, que assim dispõem:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1^a A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 2^a Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.

3. Entende-se por indenização a prestação em dinheiro destinada a reparar ou recompensar uma lesão causada a um bem jurídico, de natureza material ou imaterial. Os bens jurídicos, em seu aspecto essencial, comportam uma grande classificação: eles podem ser (a) de natureza patrimonial (= integrantes do patrimônio material) ou (b) de natureza não-patrimonial (= integrantes do patrimônio moral das pessoas). Todavia, qualquer que seja a sua natureza, todos os bens jurídicos estão sob a tutela do Direito. Assim, quem, por ato ou omissão ilícita, violar o Direito, causando prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. É o que estabelece o Código Civil, nos arts. 186 e 927, reproduzindo a norma do art. 159 do Código de 1916. Trata-se, portanto, como bem observaram **Carlos Alberto Menezes Direito** e **Sérgio Cavalieri Filho** (“Comentários ao Novo Código Civil”, volume XIII, RJ, Forense, 2004, p. 49), de obrigação de natureza legal, insuscetível de conformação ou condicionamento por vontade das partes. Hoje, com a expressa previsão do Código Civil (art. 186) e da Constituição (art. 5^o, X) a respeito, já não se põe dúvida quanto à obrigação de reparar financeiramente também os danos morais, que, aliás, podem ser cumulados com os danos materiais decorrentes do mesmo ilícito (“São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”, diz a Súmula n. 37-STJ).

Pois bem, do ponto de vista da efetividade do Direito, o ideal seria que, ocorrida a violação, a reparação dos danos daí decorrentes fosse feita por prestação específica e **in natura**, isto é, mediante a exata recomposição do **status quo ante**. Segundo a conhecida lição de **Chiovenda**, deve-se garantir a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo a que tem direito (“Instituições de Direito Processual Civil”, tradução de **J. Guimarães Menegale**, São Paulo, Saraiva, 1969, vol. I, p. 46). Todavia, isso nem sempre é possível: os danos morais, por natureza, não comportam reparação específica e **in natura**; os danos materiais a comportam, mas nem sempre (é possível refazer um muro destruído, mas não é possível recompor a autenticidade da Taça Jules Rimet transformada em barra de ouro ou um quadro de Di Cavalcanti transformado em cinzas). Mesmo quando possível, nem sempre a prestação **in natura** é a solução adequada, permitindo a lei a conversão em pecúnia (**v.g.**, arts. 627 e 633 do CPC).

Ora, aquilo que geralmente se entende por indenização é a prestação em dinheiro, substitutiva da prestação específica, destinada a reparar ou recompensar o dano causado a um bem jurídico, quando não é possível ou não é adequada a restauração **in natura** do bem jurídico atingido. Não tem natureza indenizatória, sob esse aspecto, o pagamento, ainda quando feito por força de sentença judicial, correspondente a uma prestação que originalmente (= antes e independentemente de ocorrência de lesão) era devida em dinheiro (**v.g.**, pagamento por horas extras trabalhadas, de adicional noturno, de gratificações). Em tal caso, o que há, simplesmente, é o adimplemento **in natura** da obrigação, ainda que fora do prazo ou mediante execução forçada.

4. Todavia, ainda que se admitisse a natureza indenizatória do pagamento das referidas parcelas, nem por isso estaria ele automaticamente fora do campo da tributação. Conforme decorre do art. 43 do CTN, não apenas as rendas, genericamente consideradas, mas também os acréscimos patrimoniais de qualquer natureza configuram fato gerador do imposto de renda. Portanto, quando se trata de valores de natureza indenizatória, a configuração ou não de hipótese de incidência tributária tem como pressuposto fundamental o da existência ou não de acréscimo patrimonial. “A chave”, diz **James Marins**, “está na existência jurídica (constitucional e legal) de incremento patrimonial, i.é, acréscimo consubstanciado em renda ou proventos de qualquer natureza” (“Regime Tributário das Indenizações”, obra coletiva, coordenador **Hugo de Brito Machado**, SP, Dialética, 2000, pp. 142/143). Nesse sentido, é praticamente unânime a doutrina, assim resumida por **Hugo de Brito Machado**:

“É possível, portanto, afirmar-se que a indenização, quando não consubstancie um acréscimo patrimonial, não enseja a incidência do imposto de renda, nem da contribuição social sobre o lucro. Certamente a incidência, ou não, desses tributos, depende da natureza do dano a ser reparado, pois é a partir da natureza desse dano que se pode concluir pela ocorrência, ou não, de acréscimo patrimonial. (...) A indenização por dano patrimonial pode ensejar, ou não, um acréscimo patrimonial. Isto depende do critério de sua fixação. Se fixada a indenização mediante a avaliação do dano, evidentemente não se pode falar em acréscimo patrimonial. A indenização neste caso apenas repara, restabelecendo a integridade do patrimônio. É possível, porém, que em se tratando de indenização cujo valor seja previamente fixado em lei, ou em contrato, ou resulte de acordo de vontades, ou de arbitramento, termine por implicar um acréscimo patrimonial. Neste caso, sobre o que seja efetivamente um acréscimo patrimonial incidirão os tributos que tenha neste o respectivo fato gerador”. (**Hugo de Brito Machado**, “Regime Tributário das Indenizações”, obra coletiva, coordenador **Hugo de Brito Machado**, SP, Dialética, 2000, p. 108).

No mesmo sentido, na mesma obra: **Gisele Lemke**, p. 83; **Hugo de Brito Machado Segundo** e **Paulo de Tarso Vieira Ramos**, p. 124; **Fábio Junqueira de Carvalho** e **Maria Inês Murgel**, p. 74. Também nesse sentido: **Leandro Paulsen**, “Direito Tributário — Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência”, 5ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 655.

5. Ao se referir a acréscimo patrimonial, o CTN, no seu art. 43, está se referindo ao patrimônio material apenas, e não ao patrimônio moral. Esclarece, a propósito, **Hugo de Brito Machado**:

“No âmbito do imposto de renda, em nosso sistema jurídico-tributário, os conceitos de patrimônio e de renda são rigorosamente conceitos econômicos, de natureza *material*. Não há patrimônio *moral*, para fins tributários, nem o imposto de renda incide sobre algo que tenha apenas valor moral. O tributo é prestação pecuniária e incide sobre riqueza expressa em moeda. (...) O patrimônio, em sentido amplo, compõe-se de elementos *materiais* e pecuniários, e de elementos *imateriais*, ou de valor apenas *moral* (...). Em sentido estrito, porém, como é concebido no Direito Tributário, o patrimônio compõe-se apenas de elementos *materiais*, de valor pecuniário. Não integram o patrimônio, para fins tributários, os elementos de valor exclusivamente moral, ainda que eventualmente possam ser convertidos em elementos de valor econômico. (...) O direito ao lazer, do qual é manifestação o direito à licença-prêmio, ou às férias, é direito que não integra o patrimônio, no sentido estrito que lhe atribui o Direito Tributário. Direito de conteúdo moral pode, é certo, ter esse conteúdo convertido em pecúnia, pelo recebimento da indenização, que neste caso é indubitável auferimento de renda, vale dizer, acréscimo patrimonial, ou acréscimo do patrimônio, no sentido que lhe atribui o Direito Tributário” (“Temas de Direito Tributário”, RT, 1994, p. 197/199).

Considerado o sentido estrito de patrimônio, o pagamento de indenização, já se percebe, pode ou não acarretar acréscimo patrimonial, dependendo da natureza do bem jurídico a que se refere. Quando se indeniza dano causado ao patrimônio material, o pagamento em dinheiro simplesmente reconstitui a perda patrimonial ocorrida em virtude da lesão. Nesses casos, evidentemente, a indenização não tipifica fato gerador de imposto de renda, já que não acarreta aumento no patrimônio. Todavia, ocorre inegavelmente acréscimo patrimonial quando a indenização por dano material se destina, não apenas a recompor um prejuízo já ocorrido (= dano emergente), mas também a compensar o ganho que deixou de ser auferido (= lucro cessante). Da mesma forma, há acréscimo patrimonial quando o valor pago a título de indenização seja maior do que o dos danos ocorridos (**v.g.**, quando, além da indenização propriamente dita, há pagamento de multa).

Por outro lado, quando a indenização se refere a dano causado a bem jurídico imaterial (= dano que não importou redução do patrimônio material), o pagamento (= entrega de dinheiro, bem material) acarreta, natural e necessariamente, um acréscimo ao patrimônio material e, portanto, configura fato gerador do imposto de renda.

Em suma: a indenização que não acarreta acréscimo patrimonial é apenas aquela que se destina a recompor o dano material efetivamente causado pela lesão (= dano emergente ao patrimônio material). Relativamente a ela, não se configura fato gerador do imposto de renda. Todavia, acarreta acréscimo patrimonial (e, portanto, constitui fato gerador do imposto de renda) a indenização (a) por danos ao patrimônio imaterial (= moral), ou (b) referente a lucros cessantes ou (c) em valor que exceda ao da redução patrimonial causada pela lesão.

Veja-se o que, a propósito, ensina a doutrina especializada:

“É preciso distinguir a indenização por dano material da indenização por dano moral. Nesta, parece difícil deixar-se de reconhecer a existência de acréscimo patrimonial. É que, ainda que se fale em indenização, ingressa no patrimônio montante (normalmente em dinheiro) que nele não existia. O patrimônio, já se viu, contém apenas relações jurídicas de caráter econômico e suscetíveis de avaliação pecuniária. A indenização por dano moral, apesar de feita em dinheiro, diz respeito à lesão de bens sem caráter econômico e insuscetíveis de avaliação pecuniária. Os valores que ingressam em razão desse tipo de indenização, não vêm recompor o patrimônio, mas somente compensar ou minorar o sofrimento da pessoa ‘indenizada’. Se assim não fosse, estaria-se diante de indenização por dano material. Por conseguinte, esses valores constituem acréscimo patrimonial para a pessoa que os recebe, já que não constavam antes de seu patrimônio. Isso não significa que não possam existir outros valores constitucionais que os resguardem de tributação. Muitas vezes, isso acontece. Mas, de qualquer forma, esses valores constituem acréscimo patrimonial, do que se conclui que eles só não serão tributados se houver outros princípios ou valores constitucionais que o impeçam. Quanto à indenização por dano material, há que se distinguir o dano emergente do lucro cessante. Ensina **Orlando Gomes** que ‘O dano emergente é representado pela diminuição patrimonial, seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo. Lucro cessante é a frustração da expectativa de ganho.’ (“Obrigações”, p. 86). Verifica-se, então, que somente a indenização por dano emergente recompõe o patrimônio. Aquela por lucro cessante representa o pagamento daquilo que presumivelmente teria sido ganho pela vítima, se o dano não houvesse ocorrido. Essa parcela de indenização não recompõe o patrimônio, uma vez que tal valor ainda não existia ainda no patrimônio do

indenizado no momento do dano. Em outras palavras, se o dano não houvesse ocorrido, esse ganho provavelmente teria sido acrescido ao patrimônio da vítima. Nesse caso, ela teria pago IR sobre ele (o ganho), porque se trataria de acréscimo patrimonial. Ora, se esse ganho é recebido a título de indenização por lucros cessantes, não se vê como possa deixar de ser considerado acréscimo patrimonial. Trata-se do mesmo ganho, apenas recebido por outra via.” (**Gisele Lenke**, “Imposto de Renda — Os Conceitos de Renda e de Disponibilidade Econômica e Jurídica”, São Paulo, Dialética, 1998, p.75.)

“Se o objeto da indenização é o elemento moral, porque a ação danosa atingiu precisamente o patrimônio moral, não há dúvida de que o recebimento de indenização implica evidente crescimento do patrimônio econômico e, assim, enseja a incidência dos tributos que tenham como fato gerador esse acréscimo patrimonial. (...) Também em se tratando de indenização por lucro cessante é inegável a ocorrência do crescimento patrimonial. Os lucros são acréscimos patrimoniais, e como tais são tributáveis.” (**Hugo de Brito Machado**, “Regime Tributário das Indenizações”, cit., p. 109.)

“Nos termos do art. 43 do CTN constituem hipóteses de incidência do imposto de renda a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de: I - renda, assim entendida o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. Em todas essas hipóteses o elemento nuclear é o acréscimo patrimonial, sem o qual não se há de cogitar da incidência de tal imposto, pois inexistiria renda a tributar. Pelo próprio conceito de indenização tem esta a finalidade de recompor o patrimônio lesado na mesma proporção dos danos sofridos, de sorte a devolvê-lo ao estado em que se encontrava antes da lesão. Em assim ocorrendo, resulta evidente que nenhum acréscimo patrimonial se verifica de modo a tornar mais rico o titular da indenização. Nenhuma renda recebe ele com os valores respectivos. Isso sempre ocorre quando se trata de indenização por dano material, excluídos os lucros cessantes que, estritamente considerados, representam acréscimo patrimonial, por serem diferença entre o que teria sido despendido e o que teria sido recebido pela vítima, não fosse o dano sofrido. Por outro lado, é de se ponderar que a incidência do imposto de renda sobre os valores representativos da indenização por danos materiais reduziria o seu montante, frustrando sua precípua finalidade, que é tornar indene o patrimônio, isto é, cabalmente reparado. Esse entendimento, aliás, já norteava as primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal, logo que chamado a manifestar-se sobre a incidência do imposto de renda nas desapropriações (...). Diversamente se

passa em se tratando de indenização por dano moral sem repercussão econômica, porque, nesse caso, o favorecido com seus valores terá aumentado seu patrimônio. Já se do dano moral adveio alguma repercussão econômica, outra coisa não sendo esta que danos materiais emergentes daquele, a reparação pecuniária que os ressarcir, não significando acréscimo patrimonial, deverá ficar ao largo da incidência do imposto de renda, sempre que for possível quantificá-lo ou indenizar em separado. Se, porém, não é possível a quantificação da repercussão econômica e da correspondente indenização, e sendo esta estabelecida unitariamente por arbitramento, como reparadora do dano moral apenas, o imposto de renda será devido, pois, nesse caso, o reflexo econômico da ofensa à honra tem a feição de lucros cessantes presumidos.” (**Hugo de Brito Machado Segundo e Paulo de Tarso Vieira Ramos**, “Regime Tributário das Indenizações”, cit., pp. 124/125.)

“Partindo-se, assim, do conceito de indenização como reparação pecuniária pelo dano sofrido em seu patrimônio material ou moral, resta analisar os efeitos tributários gerados por este pagamento. Assim, se uma pessoa é indenizada pela perda material causada por outrem, não estará adquirindo patrimônio ou riqueza novos, mas tão-somente recompondo aquele patrimônio lesado. Portanto, não há que se falar em tributação dessa quantia pelo imposto de renda, porquanto não representa lucro, ou rendimento. Tal posição, que é aceita com tranqüilidade pela doutrina e pela jurisprudência, decorre da definição do fato gerador do imposto de renda, que entendemos ser o acréscimo patrimonial, assim considerado os ingressos que venham a representar riqueza nova, ou seja, aumento de patrimônio. A situação diverge quando se trata de indenização por lucro cessante. Nesse caso, a indenização visa ressarcir o lesado pela impossibilidade de o mesmo obter ganhos aos quais faria jus não fosse pelo dano havido. Assim, caso não sofresse o dano moral ou material, a vítima do dano iria auferir danos patrimoniais que, naquela condição, seriam tributados. Ora, a indenização pelo lucro cessante consiste, justamente, em proporcionar ao lesado o benefício a que teria direito. Por tal razão, essa quantia deverá ser tributada pelo imposto de renda, da mesma forma que seria caso a ofensa não sobreviesse. A indenização por dano moral, embora não se assemelhe à indenização por lucros cessantes, não visa recompor patrimônio, mas amenizar o constrangimento moral. Portanto, trata-se de ingresso novo, que irá crescer ao patrimônio da vítima e, por conseguinte, deverá ser tributado, a menos que outros princípios ou valores constitucionais impeçam a tributação. (**Fábio Junqueira de Carvalho e Maria Inês Murgel**, “Regime Tributário das Indenizações”, cit., pp. 74/76)

6. Compõem o patrimônio imaterial não apenas os bens e valores de natureza estritamente moral (= os relacionados à dignidade humana), mas todos os bens e direitos cuja satisfação **in natura** é realizada mediante prestação não-patrimonial. São dessa natureza, entre outros, os direitos do patrimônio físico e intelectual, os de imagem, e, em geral, todos os direitos do patrimônio profissional cuja satisfação é representada por prestações não pecuniárias (direito a férias, a licença-prêmio, a descanso, a estabilidade). Lesados tais direitos e não sendo possível, material ou juridicamente, a sua restauração específica e **in natura**, dá-se a reparação mediante indenização pecuniária, com o que o bem lesado, originalmente integrante do patrimônio imaterial, é substituído por prestação em dinheiro, que vai agregar-se ao patrimônio material, acarretando-lhe, como demonstrado, um natural e necessário acréscimo. Tipifica-se, conseqüentemente, o fato gerador do imposto de renda, nos termos do art. 43 do CTN.

7. Tipificado o fato gerador, enseja-se, teoricamente, o nascimento da obrigação e do crédito tributário. Atento a essa circunstância, o legislador tratou de criar normas de isenção para várias espécies de prestações indenizatórias, que, segundo seu juízo político, mereciam tal benefício. Assim, no art. 39 do Regulamento do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, aprovado pelo Decreto n. 3.000, de 31.03.1999, que arrola os rendimentos isentos e os não tributáveis, vários dos incisos dizem ou reproduzem hipóteses de indenizações beneficiadas por isenção, a saber:

“(…)

Indenização decorrente de Acidente

XVI - a indenização reparatória por danos físicos, invalidez ou morte, ou por bem material danificado ou destruído, em decorrência de acidente, até o limite fixado em condenação judicial, exceto no caso de pagamento de prestações continuadas;

Indenização por acidente de trabalho

XVII - a indenização por acidente de trabalho (Lei n. 7.713, de 1988, art. 6º, inciso IV);

(…)

Indenização por desligamento voluntário de servidores públicos civis

XIX - o pagamento efetuado por pessoas jurídicas de direito público a servidores públicos civis, a título de incentivo à adesão a programas de desligamento voluntário (Lei n. 9.468, de 10 de julho de 1997, art. 14);

Indenização por rescisão de contrato de trabalho e FGTS

XX - a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores e seus dependentes ou sucessores, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS (Lei n. 7.713, de 1988, art. 6^a, inciso V, e Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, art. 28);

(...)

Indenização reparatória a desaparecidos políticos

XXIII - a indenização a título reparatório, de que trata o art. 11 da Lei n. 9.140, de 05 de dezembro de 1995, paga a seus beneficiários diretos”; (...).

Em todos esses casos, é indevido o imposto de renda, não pela inexistência de fato gerador (eis que acréscimo patrimonial ocorreu), e sim porque a hipótese de exclusão do crédito tributário por via de isenção.

8. No caso concreto, o pagamento não tem, conforme se demonstrou, natureza indenizatória, já que se trata, simplesmente, de adimplemento forçado de uma prestação originalmente devida em dinheiro, em contraprestação a serviços prestados (e não a reparação de danos). E, mesmo indenização fosse, ainda assim o pagamento estaria sujeito à tributação do imposto de renda, já que (a) importou acréscimo patrimonial e (b) não está beneficiado por qualquer das hipóteses de isenção prevista em lei (art. 39 do RIR, aprovado pelo Decreto n. 3.000/1999).

9. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 698.409 — AL (2004/0152897-5)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Edvaldo Gomes Cardoso

Advogados: José Arnóbio Damasceno Alves e outro

Recorrida: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Carlos André Canuto de Araújo e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. FGTS. Embargos do devedor parciais. Levantamento da quantia incontroversa. Impossibilidade. Art. 739, § 2º do CPC. Inaplicabilidade ao caso concreto. Manutenção do acórdão hostilizado. Improvimento.

1. O recorrente promoveu execução contra a CEF, tendo esta promovido ação de embargos do devedor com o fim de impugnar montante a que ela não tinha sido condenada. Ao impugnar os embargos, o particular requereu o levantamento da parte incontroversa, o que foi autorizado pelo juízo singular. Inconformada, interpôs a CEF agravo de instrumento, que restou provido pelo TRF/5ª Região. O particular, recorrendo à via especial, além de suscitar dissídio jurisprudencial aponta violação do art. 739, § 2º do CPC, que reza: “quando os embargos forem parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada”. Alega-se, em síntese, que: a) os embargos à execução oferecidos pela CEF reconheceram como efetivamente devido o **quantum** de R\$ 85.803,80, o qual já fora inclusive recebido pelo recorrente; b) o percentual de 42,72% (Plano Verão — Janeiro/1989), bem como os juros progressivos, aos quais fora condenada a recorrida pela sentença exequênda, não foram objeto de impugnação nos embargos à execução; c) a parcela não contestada nos embargos constitui matéria preclusa, o que autoriza seu levantamento pelo exequente, ora recorrente. Requer, ao final, a reforma do aresto hostilizado a fim de que seja restabelecida a decisão que deferiu o levantamento das parcelas não embargadas. Ofertadas contra-razões, pugna a CEF pela manutenção do acórdão atacado. Proferido juízo positivo de admissibilidade, ascenderam os autos a este Tribunal.

2. Consoante o art. 739, § 2º do CPC, o oferecimento de embargos do devedor parciais autoriza a execução quanto às parcelas não impugnadas. Entretanto, tal regra não pode ser aplicada ao caso concreto por pelos menos duas razões: a) o fato de o apelado ter incluído, na memória de cálculo da exordial, percentual não reconhecido pela sentença exequênda; b) o deferimento de prova pericial pelo magistrado de 1º grau atesta que o **quantum debeatur** ainda não se encontra definido, ressentindo o título judicial da necessária liquidez. Por outro lado, autorizar-se o levantamento da quantia tida por incontroversa, como pleiteado no recurso em exame, constitui solução pouco prudente e arriscada, não só por tratar-se de montante significativo, como também

porque medidas dessa natureza, uma vez efetivadas, são de difícil reversibilidade. Escorreitos os fundamentos utilizados pelo acórdão hostilizado.

3. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 19 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 06.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Edvaldo Gomes Cardoso interpõe recurso especial (fls. 554/567), com fulcro nas alíneas **a** e **c**, inciso III, do permissivo constitucional objetivando reformar acórdãos emanados do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementados:

— da apelação (fls. 442/443):

“Processual Civil. Agravo de instrumento. Embargos do devedor. Liberação de valor dito incontroverso. Incontrovérsia não reconhecida. Impossibilidade de levantamento. Agravo regimental. Matéria dissociada. Não-conhecimento.

Objetivando-se suspender despacho que determinou o levantamento de quantia incontroversa no valor de R\$ 85.803,80, resultante da aplicação dos expurgos inflacionários do saldo do FGTS.

2. Entretanto, apesar de a CEF admitir como parte incontroversa o valor de R\$ 85.803,80, verifica-se que o exequente/agravado inclui na execução o valor de R\$ 69.570,18 relativo ao Plano Collor — 44,80% março/1990, percentual este não deferido pela decisão exequianda e cujo valor representa o maior importe na referida execução. Ademais, já restou levantado pelo exequente/agravado, o montante de R\$ 23.719,87, (vinte e três mil, setecentos e

dezenove reais e oitenta e sete centavos), razão pela qual, impossível deferir-se novo levantamento conforme determinado na decisão agravada que, de uma análise **prima facie**, não faria jus o agravado. Some-se ainda o fato de que naqueles autos fora determinada a realização de prova pericial.

3. Agravo regimental inteiramente dissociado da matéria discutida nos presentes autos, haja vista que se insurge quanto à possibilidade de aplicação dos expurgos inflacionários incidentes nas contas fundiárias, quando o despacho agravado não entrou no mérito da matéria agravada, limitando-se apenas a requisitar cópia da decisão exequenda e da memória de cálculo para análise deste magistrado.

4. Agravo regimental não conhecido.

5. Agravo de instrumento provido”.

— dos embargos declaratórios (fl. 552):

“Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Contradição. Inocorrência. Rediscussão da matéria. Impossibilidade.

1. Hipótese em que se suscita omissão na decisão embargada.

2. Razões apresentadas pela embargante que conduzem à reapreciação da matéria já decidida.

3. Pretensão não acolhida em sede de embargos.

4. Embargos conhecidos e improvidos”.

O recorrente Edvaldo Gomes Cardoso ajuizou execução contra a CEF, tendo esta promovido ação de embargos do devedor com o fim de impugnar montante a que ela não tinha sido condenada. Ao impugnar os embargos, o particular requereu o levantamento da parte incontroversa, pois como a CEF se limitou a argüir nos embargos excesso de execução, subsistiria a possibilidade de levantamento do **quantum** não impugnado. O magistrado de 1ª grau acolheu o pedido do particular proferindo o seguinte despacho (fls. 17/18):

“Trata-se de manifestação do embargado (fl. 149), através da qual pleiteia o levantamento de parte de seu crédito que reputa incontroversa, porquanto não impugnada nestes embargos à execução, opostos pela CEF.

Segundo o embargado, a CEF, ao iniciar os embargos, teria feito uma nítida distinção entre valores que impugnara, referente à inclusão de índice não deferido na sentença que decidiu a lide, bem assim à ausência de dedução, pelo embargado, do índice que já haveria sido aplicado em

sua conta vinculada ao FGTS no mês de janeiro de 1989, não havendo, porém, impugnação quanto aos demais valores encontrados ao se iniciar a execução. Assim, pede seja determinado o levantamento da quantia que entende incontroversa.

Instada a se manifestar quanto ao pedido dos autores, a CEF não concordou com o levantamento requerido, entendendo que os embargos não foram parciais, pelo que deveria a execução permanecer suspensa.

Decido.

1. É de ser deferido o pleito dos autores, já que, realmente, a teor do art. 739, § 2º, 'quando os embargos forem parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada'. Assim, a única questão a ser analisada, no caso dos autos, refere-se à possibilidade de se constatar nos embargos opostos pela CEF uma clara distinção entre a parcela impugnada do crédito e a parte fora da controvérsia.

2. E se é assim, tenho que uma ligeira análise da inicial dos mencionados embargos torna flagrante a distinção feita pela CEF entre a parte que entende indevida, relativa à inclusão de índice não deferido na sentença no cálculo do embargado, e o montante a que admite ser efetivamente devido na execução, quantia certamente incontroversa. Observe-se que a própria embargante, na inicial dos embargos, pede a homologação de seus cálculos, no valor de R\$ 85.803,80 (Oitenta e cinco mil, oitocentos e três reais e oitenta centavos), justamente o montante que ora se pretende levantar”.

3. Pelo exposto, defiro o pedido de fl. 149, determinando, após o decurso do prazo para recurso desta decisão, sem que haja suspensão pela segunda instância, o levantamento, pelo embargado, da quantia de R\$ 85.803,80 (Oitenta e cinco mil, oitocentos e três reais e oitenta centavos) que se encontra depositada, a título de penhora, como garantia do juízo.

4. Expeça-se o competente alvará, oportunamente.

(...)”.

Com base nesses fundamentos, determinou o juízo o levantamento pelo particular da quantia tida por incontroversa.

Inconformada com a decisão interlocutória, interpôs a CEF agravo de instrumento no qual postulou o não-levantamento do **quantum** mencionado, sustentando-se nos seguintes argumentos: a) ao contrário do que afirmara o despacho agravado, os embargos aviados pela CEF não foram parciais, já que todos os termos da execução promovida pelo particular restaram infirmados; b) o art.

739, § 2º, do CPC aplica-se apenas à hipótese de embargos ofertados contra parte da execução, o que não é o caso dos presentes autos; c) o fato de a CEF alegar excesso de execução não conduz ao entendimento de que os referidos embargos foram parciais.

O TRF da 5ª Região deu provimento ao agravo lançando mão dos fundamentos elencados na ementa transcrita.

Opostos embargos de declaração pelo particular e rejeitados.

Recorrendo à via especial, além de suscitar dissídio jurisprudencial, aponta o particular violação do art. 739, § 2º, do CPC, que reza: “quando os embargos forem parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada”.

Alega-se, em síntese, que: a) os embargos à execução oferecidos pela CEF reconheceram como efetivamente devido o **quantum** de R\$ 85.803,80 (oitenta e cinco mil, oitocentos e três reais e oitenta centavos), o qual já fora inclusive recebido pelo recorrente; b) o percentual de 42,72% (Plano Verão — Janeiro/1989), bem como os juros progressivos, aos quais fora condenada a recorrida pela sentença exequenda, não foram objeto de impugnação nos embargos à execução; c) a parcela não contestada nos embargos constitui matéria preclusa, o que autoriza seu levantamento pelo exequente, ora recorrente.

Requer, ao final, a reforma do aresto hostilizado a fim de que seja restabelecida a decisão interlocutória que deferiu o levantamento das parcelas não embargadas.

Ofertadas contra-razões (fls. 609/611), pugna a CEF pela manutenção do acórdão atacado.

Proferido juízo positivo de admissibilidade (fl. 620), ascenderam os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial em apreço.

Quanto ao mérito, verifico que a apontada violação do art. 739, § 2º, do CPC não restou configurada.

O debate dos presentes autos reside na possibilidade de levantamento por parte do particular de **quantum** não impugnado pela CEF em sede de embargos à execução.

Consoante a norma legal apontada como malferida, a apresentação de embargos do devedor parciais autoriza a execução quanto às parcelas não impugnadas. Entretanto, a despeito da autorização legislativa, tal regra não pode ser aplicada ao caso concreto por pelos menos duas razões, também elencadas no **decisum** objurgado: a) o fato de o apelado ter incluído, na memória de cálculo da exordial, percentual não reconhecido pela sentença exequenda; b) o deferimento de prova pericial no juízo singular atesta que o **quantum debeatur** ainda não se encontra definido, ressentindo o título judicial da necessária liquidez.

Por outro lado, autorizar-se o levantamento da quantia incontroversa, como pleiteado no recurso sob exame, constitui solução pouco prudente e arriscada, não só por se tratar de montante significativo, como também porque medidas dessa natureza, uma vez efetivadas, são de difícil reversibilidade.

Dessarte, mantenho intactos os fundamentos do acórdão recorrido e os adoto como razão de decidir por serem adequados. Transcrevo, portanto, o seu teor (fls. 436/439):

“Trata-se de agravo de instrumento contra despacho proferido nos embargos à execução, que aplicando na hipótese a regra prevista no art. 739, § 2º, do CPC e, ao entendimento de que a embargante, ora agravante, admite ser efetivamente devido na execução, quantia de R\$ 85.803,80, resultante da aplicação dos expurgos inflacionários do saldo do FGTS, determinou o levantamento de tal valor, ‘após o decurso do prazo para recurso desta decisão’, por encontrar-se a mesma quantia incontroversa. Fixou ainda, no referido despacho os honorários periciais, bem como deferiu os quesitos apresentados pelas partes.

Insurge-se a agravante, aduzindo em síntese: a) que a execução interposta consiste em compelir ao pagamento resultante da aplicação dos expurgos inflacionários do saldo do FGTS; b) que tendo-se insurgido nos embargos do devedor contra todos os índices executados, não há falar-se em embargos parciais.

Preceitua o § 2º do art. 739 do CPC, **verbis**:

‘Art. 739...

I...

II...

III...

§ 1º...

§ 2º Quando os embargos forem parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada’.

Importa observar que a decisão exequênda deferiu a aplicação do percentual de 42,72% (janeiro/1989) e juros progressivos incidentes nas contas fundiárias, tendo o exequente às fls. 314/323, apresentado memória de cálculos no valor de R\$ 158.636,36, objetivando o recebimento do seu crédito, como sendo: R\$ 11.378,82, Plano Verão, percentual de 42,72% (janeiro/1989), R\$ 69.570,18 Plano Collor — 44,80% março/1990, R\$ 25.876,83 juros progressivos, R\$ 37.389,04 juros de mora, R\$ 14.421,49 honorários advocatícios.

A executada/CEF interpôs embargos do devedor ao argumento de excesso de execução, aduzindo ainda, ser indevida a inclusão nos cálculos de liquidação, do valor relativo ao percentual de 44,80% março/1990, vez que tal percentual não fora concedido pela sentença exequênda. Ao final, entendeu como montante devido para execução o valor de R\$ 85.803,80 (oitenta e cinco mil, oitocentos e três reais e oitenta centavos), havendo um excesso, segundo a embargante no total de R\$ 72.832,56 (setenta e dois mil, oitocentos e trinta e dois reais e cinqüenta e seis centavos).

À fl. 209 do presente agravo de instrumento consta despacho datado de 03 de julho de 2001, onde sua Ex^a. o Juiz singular, ao entendimento de que os embargos à execução foram parciais, determinou o levantamento da parte incontroversa no valor de R\$ 23.719,87 (vinte e três mil, setecentos e dezenove reais e oitenta e sete centavos).

Na hipótese, apesar de a CEF admitir como parte incontroversa o valor de R\$ 85.803,80, verifica-se que o exequente/agravado incluiu na execução o valor de R\$ 69.570,18 relativo ao Plano Collor — 44,80% março/1990, percentual este não deferido pela execução. Ademais já restou levantado pelo exequente/agravado, o montante de R\$ 23.719,87 (vinte e três mil e setecentos e dezenove reais e oitenta e sete centavos), razão pela qual, impossível deferir-se o levantamento do valor determinado na decisão agravada, vez que, de uma análise **prima facie**, não faria jus o agravado. Some-se ainda o fato de que naqueles autos fora determinada a realização de prova pericial.

(...)

Ante tais considerações, deixo de conhecer do agravo regimental e dou provimento ao presente agravo de instrumento”.

Firme nas razões desenvolvidas, conheço do recurso especial para, no mérito, *negar-lhe* provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 713.940 — SC (2005/0002249-1)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Ingrid Meri Almeida de Abreu Pinheiro e outros

Recorridos: Airton de Oliveira e outros

Advogado: Antônio Carlos Vieira

EMENTA

Processual Civil. Embargos à execução. FGTS. Correção monetária. Diferenças. Art. 741, parágrafo único, do CPC, com redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Ações ajuizadas antes de 24.08.2001. Inaplicabilidade.

1. O parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, criou hipótese excepcional de limitação da coisa julgada, passível de invocação em embargos do devedor, com eficácia rescisória da sentença de mérito, a exemplo do que já existia no inciso I do art. 741 do CPC.

2. Independentemente do questionamento sobre a constitucionalidade e o alcance da nova disposição normativa, o certo é que, como todas as leis, ela não pode ter efeito retroativo. Também as normas processuais, inobstante terem aplicação imediata, alcançando os processos em curso, devem respeito à cláusula constitucional que resguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, formados em data anterior. Por isso mesmo, a orientação do STJ vem se firmando no sentido de considerar inaplicável o parágrafo único do art. 741 às sentenças transitadas em julgado em data anterior à sua vigência (24.08.2001).

3. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 15 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 04.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional contra acórdão do TRF da 4ª Região cuja ementa é a seguinte:

“Processual Civil. FGTS. Embargos à execução. Nulidade. **Extra petita**. Ausência da alegada inexigibilidade do título exequendo. Descabimento. Honorários advocatícios.

1. Não caracterizada a hipótese de inexigibilidade do título exequendo, prevista no inciso II do art. 741 do CPC, afiguram-se incabíveis os embargos opostos à execução, sob esse fundamento.

2. Conforme já decidiu o STJ, ‘o art. 29-C acrescentado à Lei n. 8.036/1990 pela MP n. 2.164-40, conclui-se por sua vinculação aos dispositivos anteriores da mesma lei, relativos ao descumprimento das obrigações do empregador concernentes ao FGTS, a ser dirimido no âmbito da Justiça do Trabalho’ (REsp n. 453.901).

3. Apelação desprovida.” (Fl. 240)

No recurso especial, a CEF aponta violação do parágrafo único do art. 741 do CPC, cuja redação foi dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, alegando, em síntese, que (a) não se pode afastar a aplicabilidade da referida norma, em razão de já haver transitado em julgado o título exequendo, “eis que a regra sob enfoque é de natureza processual, de aplicação imediata, alcançando todos os processos em curso, ainda que em sede de recurso extraordinário” (fl. 246); (b) a coisa julgada não tem caráter absoluto, eterno ou intocável, mas sim relativo, podendo, inclusive, ser objeto de impugnação por meio de ação rescisória; (c) dispondo a CEF do direito de ajuizar ação rescisória para adequar título judicial ao entendimento firmado pelo STF, a utilização de embargos do devedor, fundados na inexigibilidade do título executivo judicial, atenderia ao princípio da economia processual, evitando maiores delongas na entrega da correta prestação jurisdicional; (d) não se pode considerar inconstitucional a MP n. 2.180-35/2001, eis que a mesma foi editada anteriormente à edição da EC n. 32/2001, que proibiu a edição de medidas provisórias em matéria processual. Insurge-se ainda contra a condenação em honorários advocatícios, alegando violação do art. 29-C da Lei n. 8.036/

1990, introduzido pela Medida Provisória n. 2.164-40/2001, que isenta a CEF do pagamento de honorários advocatícios nas ações em que representa o FGTS.

Intimados, os recorridos não apresentaram contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Em nosso sistema, vigora a regra geral segundo a qual a sentença de mérito transitada em julgado somente pode ser rescindida mediante ação própria (rescisória), cabível nos casos previstos no art. 485 do CPC, devendo ser ajuizada no prazo de dois anos (CPC, art. 495).

2. A Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001, introduziu o parágrafo único ao art. 741 do CPC permitindo que, em embargos à execução, possa ser invocada a “inexigibilidade do título” executivo judicial quando “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”. Criou-se, assim, hipótese excepcional de limitação (“revitalização”) dos domínios da coisa julgada, passível de invocação em embargos do devedor, com eficácia rescisória da sentença de mérito, a exemplo do que já existia no inciso I do art. 741 do CPC.

3. Independentemente do questionamento sobre a constitucionalidade e o alcance da nova disposição normativa, o certo é que, como todas as leis, ela não pode ter efeito retroativo. Também as normas processuais, inobstante terem aplicação imediata, alcançando os processos em curso, devem respeito à cláusula constitucional que resguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, formados em data anterior. Por isso mesmo, a orientação do STJ vem se firmando no sentido de considerar inaplicável o parágrafo único do art. 741 às sentenças transitadas em julgado em data anterior à sua vigência (que, conforme já se disse, ocorreu a partir de 24.08.2001). Nesse sentido:

“Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Embargos à execução. FGTS. Correção monetária. Exclusão de índices constantes do título judicial. Impossibilidade. Art. 741, II, do CPC. MP n. 2.180-35/2001. Inaplicabilidade. Respeito à coisa julgada. Art. 29-C, da Lei n. 8.036/1990. MP n. 2.164-40/2001. Aplicabilidade. Precedentes deste Tribunal.

1. Cuida-se de embargos à execução apresentados pela CEF sustentando a nulidade da execução por inexigibilidade de parte da decisão condenatória proferida nos autos de ação ordinária, com fundamento no art. 741, II, do CPC, aduzindo que o título judicial exequendo incluiu percentuais relativos a planos econômicos considerados indevidos pelo STF (junho/1987, maio/1990 e

fevereiro/1991) no RE n. 226.855/RS. Aduz, ainda, a aplicação do disposto no art. 29-C da Lei n. 8.036/1990, para isentar a embargante da condenação em honorários advocatícios. A sentença julgou o pleito improcedente quanto à aplicabilidade do art. 741, II, do CPC, e procedente com relação à isenção da CEF no pagamento de honorários. Em sede de apelação o **decisum** foi reformado parcialmente no tocante à condenação da CEF em honorários advocatícios, fixados, então, em 10% sobre o valor da causa. A parte da sentença referente ao art. 741, II, do CPC, manteve-se irretocada. Irresignada, a CEF interpõe recurso especial com intuito de reconhecer a inexigibilidade do título no que respeita aos índices mencionados e retirada a condenação em honorários.

2. Ação de conhecimento julgada em momento anterior à edição da MP n. 2.180-35/2001, que deu nova redação ao art. 741, II, do CPC, e à decisão do STF acerca da aplicação dos percentuais relativos aos Planos Bresser, Collor I e Collor II. Inexistência de vício no título judicial.

3. Impossibilidade de se excluir, em sede de execução, índices que foram objeto da condenação em ação de conhecimento já transitada em julgado. Admitir hipótese contrária resultaria em flagrante ofensa à coisa julgada. Tenho posicionamento externado em inúmeras obras doutrinárias a respeito da sua relativização, quando admito que há ocasiões em que ela deve ser desconstituída, já que o Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial que vai de encontro aos princípios da moralidade e da legalidade, espelhando única e exclusivamente vontade pessoal do julgador e que seja contra a realidade dos fatos. O caso em questão não se encaixa em qualquer dessas hipóteses, não havendo, assim, razões para que seja modificada a condenação imposta na ação de conhecimento, já transitada em julgado, em face do inciso II do art. 741 do CPC.

4. O reconhecimento da natureza material da norma inserta no art. 29-C da Lei n. 8.036/1990 importa na sua aplicabilidade somente às ações instauradas posteriormente à edição da MP n. 2.164-40/2001. Ocorrência dessa hipótese no caso em apreço. Precedentes das duas Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte.

5. Recurso especial parcialmente provido.” (REsp n. 667.362/SC, Primeira Turma, Ministro José Delgado, data do julgamento 15.02.2005)

“Processo Civil. Embargos à execução. Art. 741, parágrafo único do CPC. Inexigibilidade do título executivo judicial fundado em interpretação incompatível com a Constituição Federal. Aplicabilidade. Decisões transitadas em julgado após a vigência da norma.

Os embargos à execução, fundados na inexigibilidade do título por incompatibilidade com a interpretação da Constituição Federal dada pelo Supremo Tribunal Federal, somente têm procedência quando o trânsito em julgado da decisão embargada se deu após a vigência da MP n. 2.180/2001, que acrescentou o parágrafo único ao art. 741 do Código de Processo Civil.

Recurso desprovido.” (REsp n. 651.429/RS, Quinta Turma, Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 18.10.2004)

4. No caso concreto, a sentença exequenda transitou em julgado em 06.08.2001, antes, portanto, do início da vigência da norma em questão.

5. Isso posto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.914 — SC (2001/0015937-0)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Município de São Francisco do Sul

Advogado: Rycharde Farah

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

Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Regina Helena de Abreu Brasil e outros

EMENTA

Tributário — Recurso ordinário — Mandado de segurança — Inadequação da via eleita — ICMS — Partilha das receitas tributárias — Valor adicionado fiscal — Município no qual não houve a caracterização do fato gerador do imposto — Súmula n. 166-STJ — Ausência de direito líquido e certo — Desprovimento.

1. É inadequada a via do **mandamus** quando não há comprovação inequívoca do direito invocado pelo impetrante, pois não se admite dilação probatória no procedimento do mandado de segurança.

2. A Constituição Federal assegura aos Municípios o direito de receber dos Estados 25% do produto do ICMS recolhido em seus territórios (CF, art. 158, IV). Desse percentual, 3/4 devem corresponder ao valor adicionado (CF, art. 158, parágrafo único, I), que consiste no valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no território do Município, subtraído o valor de entrada, em cada ano civil (LC n. 63/1990, art. 3º, § 1º).

3. Os Municípios que fazem jus ao recebimento de parte da receita obtida com a arrecadação do ICMS pelos Estados, decorrente do valor adicionado fiscal, são aqueles em cujos territórios foram realizadas as operações de entrada e saída de mercadorias que constituíram fato gerador do ICMS.

4. É descabida a pretensão da municipalidade recorrente de ser incluída na repartição das receitas do ICMS pois, no caso em apreço, as operações de recebimento, armazenamento e bombeamento de petróleo realizadas pela Petrobras no Município de São Francisco do Sul — SC tiveram como destino final a Refinaria de Araucária — PR. Não houve agregação de valor ao petróleo no território do Município catarinense, tampouco houve mudança da titularidade da mercadoria, não ocorrendo, portanto, diferença entre o valor de entrada e de saída da mercadoria ou circulação econômica do produto.

5. Na linha da jurisprudência desta Corte Superior, “a saída da mercadoria aperfeiçoa-se no domicílio fiscal da empresa que pratica a operação de que depende o fato gerador do ICMS”, que, na hipótese dos autos, corresponde ao Município de Araucária — PR.

6. Nos termos do enunciado da Súmula n. 166-STJ, “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

7. A questão referente ao petróleo supostamente importado não foi especificamente abordada pela Corte estadual, não estando este Tribunal Superior autorizado a apreciar a questão, sob pena de supressão de instância.

8. Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado (voto-vista), Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 03 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ de 06.06.2005

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso ordinário interposto pelo Município de São Francisco do Sul contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado (fls. 301/305):

“Mandado de segurança — Município — Lei Complementar n. 63/1990 — Participação na arrecadação de ICMS — Operação sobre a qual não incide o imposto, porque ausente fato gerador — Cômputo incogitável — Ordem denegada.

Incogitável computar, para efeito de cálculo do índice de participação do município em relação à arrecadação do ICMS, o valor da operação sobre a qual não incide o imposto em face da ausência de fato gerador”.

Em suas razões, o recorrente alega que a participação de cada município no produto da arrecadação do ICMS não está relacionada à ocorrência do fato gerador do tributo, mas ao valor agregado que as atividades do contribuinte incorporam ao preço das mercadorias, objeto das operações de circulação. Sustenta que, no caso dos autos, as operações realizadas pela Petrobras no Município recorrente, consistentes no recebimento, armazenamento e bombeamento de petróleo à refinaria situada no Município de Araucária — PR, têm custos operacionais que agregam valor à mercadoria em questão, apesar de não se tratar de operações sujeitas à incidência de ICMS. Aduz que a decisão recorrida, ao vincular o cálculo do valor adicionado à incidência do tributo, afronta o disposto nos arts. 155, X, **b**; 158, IV, parágrafo único, I, da Constituição Federal; e art. 3^o, § 2^o, I e II, da Lei Complementar n. 63/1990, pois “o cálculo do valor adicionado depende da existência de valor agregado à mercadoria, que, no caso em tela, refere-se à transferência de petróleo ao Estado do Paraná, devendo ser computado o valor da mercadoria (petróleo) quando de sua saída do Município, acrescido do valor dos serviços, deduzindo-se o valor da mesma mercadoria quando de sua entrada (...). E, ademais, a interpretação

combinada do art. 3º, § 2º, inciso II, da LC n. 87/1996, que regulamenta o ICMS, leva à conclusão de que se considera para fins do cálculo do valor adicionado, também as operações sob o pálio da não incidência. (...). Portanto, a operação que tanto a Constituição Federal, quanto a LC n. 87/1996 elegem como fato não alcançado pela hipótese de incidência do ICMS, ao gerar valor agregado, e independentemente da razão pela qual o imposto não é efetivamente devido (imunidade ou não incidência), deve ser incluída no cálculo do valor adicionado do Município”.

Assevera que, apesar de o fato gerador do ICMS ocorrer com a saída dos produtos resultantes da industrialização do petróleo no Município onde está situada a refinaria, parte do valor da mercadoria decorre das atividades que a empresa realiza no território da municipalidade recorrente, razão pela qual as operações efetuadas pela Petrobras devem ser computadas quando da apuração do valor adicionado da parcela do ICMS a ser repassada ao recorrente.

Além disso, sustenta que o aresto recorrido deveria ter considerado o valor agregado decorrente da circulação do petróleo importado que, no caso, corresponde a trinta por cento (30%) da circulação de petróleo no Município recorrente.

Ao final, requer a concessão da segurança, a fim de que seja computado “ao valor adicionado do Município de São Francisco do Sul, no ano de 1996, as quantias referentes ao valor agregado decorrente da realização de operações imunes de circulação de petróleo efetuada pela Petrobras em seu território, no montante de R\$ 11.492.118,00 (onze milhões, quatrocentos e noventa e dois mil e cento e dezoito reais), para alterar o índice de participação do Município no produto da arrecadação do ICMS do Estado de Santa Catarina naquele exercício, de acordo com o art. 3º, § 2º, inciso II, da LC n. 63/1990 e, alternativamente, com fundamento no art. 289 do Código de Processo Civil, caso mantenha-se a decisão recorrida, por seus argumentos, que seja acrescido ao cômputo do valor adicionado 30% (trinta por cento) da quantia relativa ao valor agregado às operações com o petróleo, referente à mercadoria importada, pois, de acordo com o entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal, o momento da realização do fato gerador do ICMS é o desembaraço aduaneiro, que ocorre no Município Recorrente sob pena de afronta ao art. 158, inciso IV e parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal”.

O recurso ordinário foi recebido pelo Presidente do Tribunal de origem à fl. 326.

O Estado de Santa Catarina contra-arrazoou o recurso às fls. 330/344, sustentando a inadequação do **mandamus** para discussão da matéria dos autos, bem como defendendo a ausência de direito líquido e certo a viabilizar a concessão da segurança pretendida pela Municipalidade recorrente. Pugna, ao final, pelo não-acolhimento da presente irresignação.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso ordinário, em parecer assim sumariado (fls. 357/367):

“Tributário. Recurso em mandado de segurança. Município. Participação na arrecadação do ICMS. VAF (Valor Adicionado Fiscal). Ausência de fato gerador. Súmula n. 166-STJ. Não-provimento.

I - Ausência de liquidez e certeza do direito do recorrente, haja vista que os fatos alegados não se sustentam em prova objetivamente certa e convincente, havendo a necessidade de extensa produção e profunda análise de provas.

II - Ingressando no plano do mérito do recurso, verifico que as operações de desembarque de óleo cru no Município recorrente não configuram fato gerador do ICMS, visto que o fato gerador do tributo, na espécie, ocorre no território do Município de Araucária — PR, inexistindo motivo para participação do recorrente na receita advinda da arrecadação do ICMS com base no valor adicionado fiscal, inocorrendo agregação de valor a mercadoria no Município insurgente.

III - Impende registrar, ainda, que o deslocamento físico da mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa, sem qualquer qualificação jurídica, não constitui fato gerador do ICMS, entendimento corroborado pela Súmula n. 166-STJ.

IV - No que tange ao momento da realização do fato gerador do imposto decorrente da circulação do petróleo importado, afirmo não haver prova nos autos que aponte o percentual do petróleo trazido pela Petrobras ao porto marítimo localizado no Município de São Francisco do Sul advindo de importação.

V - Parecer opinando pelo não-conhecimento e, acaso conhecido, pelo desprovimento do recurso ordinário”.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda (Relatora): Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, interposto contra o acórdão que denegou a ordem pleiteada pelo ora recorrente, entendendo pela inviabilidade do cômputo, para efeito de cálculo do índice de participação do Município em relação à arrecadação do ICMS, do custo adicional agregado ao petróleo, referente ao recebimento, armazenamento e bombeamento realizados no Município impetrante, em razão de se tratar de operações sobre as quais não incide o imposto, em face da ausência de fato gerador.

Embora as razões expendidas, a presente irresignação não merece prosperar.

O mandado de segurança, entre outros requisitos, exige a prova documental pré-constituída do ato praticado pela autoridade apontada como coatora, ato esse que possa implicar em violação de direito líquido e certo da parte impetrante. Ademais, a prova da existência do ato ilegal e abusivo deve ser demonstrada de plano, pois não se admite dilação probatória na ação mandamental.

Todavia, no caso dos autos, não houve a comprovação inequívoca do direito invocado através dos documentos que instruíram a petição inicial, pois a matéria em debate, caso acolhida a tese do impetrante, dependeria da produção de provas a respeito das operações realizadas em seu território pela Petrobras.

Conforme bem asseverou o representante do Ministério Público Federal, “urge ressaltar que a via eleita não é idônea quando, para o deslinde da questão controversa, exista a necessidade de aprofundada dilação probatória. Compulsando os autos, ausente, ao meu ver, a liquidez e certeza do direito do recorrente, haja vista que os fatos alegados não se sustentam em prova objetivamente certa e convincente, havendo a necessidade de extensa produção e profunda análise de provas. Outrossim, os fatos alegados e os números trazidos pelo recorrente, no que concerne ao cálculo dos valores apresentados em sua DIEF, não foram provados de forma incontestável” (fls. 362/363).

Por outro vértice, mesmo que superada essa questão, o aresto recorrido não merece reforma.

Sobre as normas constitucionais e legais a respeito da partilha das rendas dos Estados-Membros aos Municípios situados em seus territórios, cumpre a transcrição dos ensinamentos do tributarista **Roque Antonio Carrazza**:

“A Constituição Federal obriga os Estados a partilharem algumas de suas receitas tributárias com os Municípios localizados em seus territórios.

I - Assim, deverão entregar-lhes ‘cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto (...) sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios’ (art. 158, III, da CF).

II - Deverão, igualmente, entregar aos Municípios localizados em seus territórios ‘vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação’ (art. 158, IV, da CF).

O parágrafo único do art. 158 da CF esmiúça este repasse:

‘Art. 158. (...)’

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

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

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, Lei Federal'.

Portanto, a lei do Estado onde nasceu o ICMS poderá disciplinar a distribuição, aos Municípios, de até 1/4 do produto da arrecadação deste tributo (sem, no entanto, ferir a isonomia que deve nortear o tratamento que a eles for dispensado). Os outros 3/4 serão repartidos de acordo com o estatuído no inciso I do parágrafo único do art. 158 da CF.

Lembramos que cabe à lei complementar nacional 'definir valor adicionado para fins do disposto no art. 158, parágrafo único, I' (art. 161, I, da CF).

Cumprindo estes comandos constitucionais, a Lei Complementar n. 63, de 11.01.1990, considera valor adicionado aquele correspondente ao 'das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil' (art. 3º, § 1º). Ao mesmo tempo, adnumera, agora em seu art. 3º, §§ 2º a 13, os critérios para o correto cálculo de tal valor adicionado.

Note-se que tal lei complementar, meramente declaratória, materializou o 'propósito de explicitação' dos acima referidos ditames constitucionais.

A partir deste quadro, podemos agora traçar os seguintes parâmetros: a) os Municípios têm o direito constitucional subjetivo de receber do Estado 25% do produto do ICMS arrecadado em seus respectivos territórios (art. 158, IV, da CF); b) três quartos, no mínimo, destes mesmos 25% corresponderão ao valor adicionado, ou seja, ao valor das mercadorias saídas, acrescido do das prestações de serviços, deduzido o das mercadorias entradas, em cada ano civil (CF art. 158, parágrafo único, I, da CF, c.c. O art. 3º, § 1º, da Lei Complementar n. 63/1990); c) até um quarto, sempre destes 25%, será creditado segundo critérios fixados em lei estadual (art. 158, parágrafo único, da CF); d) é vedada, porém, aos Municípios, a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos a eles atribuídos (art. 160, **caput**, da CF).

À vista do exposto, resta mais do que evidente que da lei estadual não poderá decorrer, direta ou indiretamente, qualquer redução ou distorção do

direito constitucional ora em análise, que a Lei Complementar n. 63/1990 operacionalizou, a nosso ver, de modo adequado.

Noutro giro verbal, os mencionados preceitos constitucionais e complementares investem os Municípios do direito subjetivo de exigir dos Estados, rigorosa e exatamente, as importâncias que lhes cabem à guisa de participação no produto da arrecadação do ICMS. Nem mais, nem menos”. (“Curso de Direito Constitucional Tributário”, Editora Malheiros, 19ª edição, 2003, pp. 615/616).

Da exegese dos referidos preceitos normativos é possível extrair-se as seguintes conclusões, na lição da doutrinadora **Misabel Abreu Machado Derzi**:

“1. Nem tudo o que integra o processo econômico de uma empresa entra no cômputo do valor adicionado diretamente, mas apenas as mercadorias e serviços tributáveis pelo ICMS, objeto de operação de circulação;

2. O valor adicionado somente é apurado entre as operações mercantis (transferência de posse ou de propriedade) de mercadorias (...);

3. Pertence a cada Município, segundo o art. 158, parágrafo único, I, da Constituição, o valor adicionado, realizado em seu próprio território”. (“A Redistribuição do ICMS aos Municípios e o Critério Constitucional da Territorialidade do Valor Adicionado”, in Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 9, n. 4, pp. 121/146, outubro/dezembro-1993).

Assim, os Municípios que fazem jus ao recebimento de parte da receita obtida com a arrecadação do ICMS pelos Estados, decorrente do valor adicionado fiscal, são aqueles em cujos territórios foram realizadas as operações de entrada e saída de mercadorias que constituíram fato gerador do ICMS.

Diferentemente do que alega o recorrente, as operações de recebimento, armazenamento e bombeamento de petróleo realizadas no Município de São Francisco do Sul pela Petrobras — que transfere em seguida o produto para a refinaria de sua propriedade localizada em Araucária — PR, através de oleodutos — não lhe dão o direito de participar da partilha de receitas tributárias em exame, pois o fato gerador do ICMS apenas ocorreu no território do Município de Araucária — PR.

Com efeito, o destinatário final do petróleo em questão foi o Município de Araucária, razão pela qual não há fundamento para a participação do Município de São Francisco do Sul na receita proveniente da arrecadação do ICMS com base no valor adicionado fiscal, pois não ocorreu agregação de valor ao petróleo em seu território, tampouco houve mudança da titularidade da mercadoria.

Portanto, deve ser mantido o entendimento adotado pelo aresto recorrido, sob os seguintes fundamentos (fls. 303/304):

“**Ab initio**, vale transcrever o que a doutrina, em termos simplificados, estabelece a respeito da exigência do ICMS: ‘Em suma, o dever de pagar ICMS só nasce com a mudança da titularidade do domínio ou da posse ostentatória da propriedade (posse autônoma, despida de título de domínio hábil) da mercadoria que, como já escrevemos, é um bem móvel *pré-ordenado* à prática de atos de comércio’ (‘ICMS’, **Roque Antonio Carrazza**, Malheiros, 5ª ed., 1999, p. 45)

Ora, a participação decorre da execução, no território do Município, de atividades que provocam a incidência do imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação. Logo, se sobre a atividade não incide o imposto, incogitável é computar o valor equivalente para fins de cálculo do índice de participação do Município. É o que ocorre, **in casu**, posto que não há fato gerador de ICMS na recepção e transporte do petróleo bruto pelo terminal da empresa em São Francisco do Sul, cujo destino final é a refinaria de Araucária, consoante espelham documentos fiscais anexados. Não há, importante ressaltar, comercialização de mercadoria.

O fato de a lei determinar o cômputo das operações imunes ao imposto (art. 3ª, § 2ª, II, LC n. 63/1990), não tem o condão de justificar a inclusão do valor das operações realizadas pela empresa petrolífera no cálculo do valor adicionado pois é evidente, data venia, que a regra é dirigida àquele que o arrecadaria não fosse a imunidade, **v.g.**, o Município de Araucária — PR”.

É descabida, desse modo, a pretensão da municipalidade recorrente, posto que não há razão para sua inclusão na partilha da receita proveniente do ICMS com base no valor adicionado fiscal. No caso, não há diferença entre o valor de entrada e de saída do petróleo no território do Município de São Francisco do Sul, pois não houve adição de valor ou circulação econômica do produto.

Oportuna é a transcrição do pertinente parecer proferido pelo representante do Ministério Público Federal (fls. 364/365):

“Uma análise percuciente dos autos revela que, conforme elucidado pelo acórdão recorrido, as operações de desembarque de óleo cru no município recorrente não configuram fato gerador do ICMS, visto que o fato gerador do tributo, na espécie, ocorre no território do Município de Araucária — PR, inexistindo motivo para a participação do recorrente na receita advinda da arrecadação do ICMS com base no valor adicionado fiscal, incorrendo agregação de valor a mercadoria no Município insurgente.

Isto posto, cumpre asseverar que o valor de entrada do petróleo bruto no terminal marítimo de São Francisco do Sul é exatamente o mesmo valor de saída do terminal para a Refinaria de Araucária, não ocorrendo qualquer industrialização ou comercialização da mercadoria naquele Município.

Frise-se, por oportuno, que no território do recorrente a mercadoria não saiu da esfera jurídica da Petrobras, não havendo, **in casu**, circulação econômica do combustível **in natura**”.

Em caso análogo, já houve pronunciamento desta Corte Superior:

“Tributário. Financeiro. Recurso ordinário em Mandado de Segurança. ICMS. Repartição de Receitas. VAF (Valor Adicionado Fiscal). Critério Constitucional.

1. O art. 158, inciso IV, da CF/1988, destina 25% do produto da arrecadação do ICMS aos Municípios.

2. Os critérios para o crédito das parcelas da receita do ICMS são os estipulados no parágrafo único, incisos I e II do art. 158, da CF/1988.

3. Nos termos do inciso I, do parágrafo único do art. 158, —, no mínimo, do percentual de 25% do produto da arrecadação do ICMS, devem ser creditados ‘na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios’.

4. Disciplina, pela LC n. 63/1990, do conceito de valor adicionado fiscal e dos critérios de distribuição para fins do disposto no parágrafo único, inciso I, art. 158, da CF/1988.

5. Destinação ao município em cujo território foram realizadas as operações de entrada e saída de mercadoria que constituíram fato gerador do ICMS do crédito decorrente da apuração do valor adicionado fiscal.

6. A saída da mercadoria aperfeiçoa-se no domicílio fiscal da empresa que pratica a operação de que depende o fato gerador do ICMS. Precedentes desta Corte.

7. Recurso conhecido e provido”.

(ROMS n. 14.238/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 19.09.2002).

Destarte, cumpre registrar que o deslocamento físico da mercadoria entre estabelecimentos da titularidade de um mesmo contribuinte, sem qualquer qualificação jurídica ou operação mercantil, não caracteriza fato gerador do ICMS. Esse entendimento foi consolidado com a edição do enunciado da Súmula n. 166-STJ:

“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Por fim, também não merece acolhimento o pedido alternativo formulado no presente recurso, referente ao cômputo do valor adicionado de trinta por cento (30%) da quantia relativa ao valor agregado às alegadas operações realizadas com petróleo importado. Isso porque o Tribunal **a quo** não apreciou a matéria, limitando-se a denegar a segurança impetrada sob o entendimento de que as operações efetuadas pela Petrobras no Município de São Francisco do Sul não caracterizam hipótese de incidência do ICMS, pela ausência de fato gerador.

Não foi especificamente abordada a questão referente ao petróleo supostamente importado e o demandante não opôs embargos de declaração para impulsionar a manifestação da Corte Estadual sobre o assunto.

De conseqüência, este Tribunal Superior não está autorizado a apreciar a questão, sob pena de supressão de instância.

Por outro lado, mesmo que afastado esse óbice, conforme bem observado pelo Parquet à fl. 366, “no que tange ao momento da realização do fato gerador do imposto decorrente da circulação do petróleo importado, saliento que não há prova nos autos que aponte o percentual do petróleo trazido pela Petrobras ao porto marítimo localizado no município de São Francisco do Sul advindo de importação”, circunstância que impediria o conhecimento da matéria por meio da estreita via do mandado de segurança.

Diante do exposto, o desprovimento do recurso ordinário em mandado de segurança é conclusão imperiosa.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: Acompanho o voto da eminente Relatora. O pedido formulado é do teor seguinte (fl. 17):

“d) conceder, a final, em definitivo a segurança para que seja o índice definitivo do Município impetrante, referente à sua participação no produto de arrecadação do ICMS para o exercício de 1996, fixado na forma determinada pela Lei Complementar n. 63/1990, computando-se para fins de cálculo do seu valor adicionado o valor das mercadorias saídas, acrescido do valor dos serviços, e deduzido o valor das mercadorias entradas no estabelecimento da empresa Petróleo Brasileiro S/A, correspondente a R\$ 11.492.118,00 (onze milhões, quatrocentos e noventa e dois mil, cento e dezoito reais).

O acórdão, ao examinar as alegações do município impetrante, entendeu lhe faltar direito líquido e certo, haja vista ser impossível “... computar, para efeito de cálculo do índice de participação do Município, o valor da operação sobre a qual não incide o imposto em face da ausência de fato gerador”.

Esse fundamento do acórdão está absolutamente correto. Não se adequa o mandado de segurança para proteger situação que o direito líquido e certo não aparece definitivamente caracterizado.

Nego, como fez a Relatora, provimento ao recurso.

É como voto.
