

Jurisprudência da Primeira Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 674.453-DF (2004/0102961-8)

Relator: Ministro Luiz Fux

Agravante: Fazenda Nacional

Procuradores: Waldemar Cláudio de Carvalho e outros

Agravados: Laio Alceu Pereira Medeiros e outros

Advogados: Ivo Evangelista de Ávila e outros

EMENTA

Tributário. Ação de repetição de indébito. Prescrição. Termo inicial. Tese dos cinco mais cinco. Lei Complementar n. 118, de 09 de fevereiro de 2005. Jurisprudência da Primeira Seção.

1. A Primeira Seção re consolidou a jurisprudência desta Corte acerca da cognominada tese dos cinco mais cinco para a definição do termo **a quo** do prazo prescricional das ações de repetição/compensação de valores indevidamente recolhidos a título de tributo sujeito a lançamento por homologação, desde que ajuizadas até 09 de junho de 2005 (EREsp n. 327.043-DF, Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 27.04.2005).

2. Deveras, acerca da aplicação da Lei Complementar n. 118/2005, restou assente que:

“Processual Civil e Tributário. Ação de repetição de indébito. Prescrição. LC n. 118/2005. Lei interpretativa. Retroatividade. 1. Assentando os estágios do pensamento jurídico das Turmas de Direito Público, é possível sintetizar que, superadas as matérias divergentes entre colegiados com a mesma competência **ratione materiae** e a natureza dialética da ciência jurídica, a Primeira Seção desta Corte passou a concluir que: a) nas ações em que se questiona a devolução (repetição ou compensação) de tributos lançados por homologação não declarados inconstitucionais pelo STF, aplica-se a tese dos ‘cinco mais cinco’, vale dizer, 5 (cinco) anos de prazo decadencial para consolidar o crédito tributário a partir da homologação expressa ou tácita do lançamento e 5 (cinco) anos de prazo prescricional para o exercício da ação; b) nas ações em que se questiona a devolução (repetição ou compensação) de tributos lançados por homologação declarados inconstitucionais pelo STF, o termo **a quo** da prescrição era: 1) a data da publicação da resolução do Senado

Federal nas hipóteses de controle difuso de constitucionalidade (REsp n. 423.994-MG); e 2) a data do trânsito em julgado da decisão do STF que, em controle concentrado, concluiu pela inconstitucionalidade do tributo (REsp n. 329.444-DF).

2. Mister destacar que essa corrente jurisprudencial fundou-se em notável sentimento ético-fiscal considerando o contribuinte que, fincado na presunção de legalidade e legitimidade das normas tributárias, adimplira a exação e surpreendido com a declaração de inconstitucionalidade difusa entrevia a justa oportunidade de se ressarcir daquilo que pagara de boa-fé. Ressoava injusto impor-lhe a prescrição da data do pagamento que fizera, baseado na atuação indene do legislador.

3. Evoluindo em face de sua mutação ideológica, posto alterada **in personae** na sua composição, a Seção de Direito Público no último período anual, uniformizou essa questão do tempo nas relações tributárias, firmando o entendimento de que: 'Processual Civil e Tributário. Ação de repetição de indébito. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Prescrição. Termo inicial. 1. Versando a lide tributo sujeito a lançamento por homologação, a prescrição da ação de repetição/compensação de valores indevidamente recolhidos deve obedecer ao lapso prescricional de 5 (cinco) anos contados do término do prazo para aquela atividade vinculada, a qual, sendo tácita, também se opera num quinquênio. 2. O egrégio STJ reafirmou a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco) para a definição do termo **a quo** do prazo prescricional, nas causas **in foco**, pela sua Primeira Seção no julgamento do REsp n. 435.835-SC, restando irrelevante para o estabelecimento do termo inicial da prescrição da ação de repetição e/ou compensação, a eventual declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo egrégio STF. 3. Conseqüentemente, o prazo prescricional para a repetição ou compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computado desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o **quantum** devido a título de tributo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.' (AgRg no REsp n. 638.248-PR, Primeira Turma, desta relatoria, DJ 28.02.2005) 4. Sedimentada a jurisprudência, a bem da verdade, em inquietante ambiente, porquanto, no seu âmago, entendia a Seção que tangenciara o pressuposto da lesão ao direito e a correspondente **actio nata**, em prol de uma definição jurisprudencial

nacional e de pacificação das inteligências atuantes no cenário jurídico, adveio a LC n. 118/2005, publicada no DO de 09.02.2005 e, com o escopo expresso de ‘interpretar’ o art. 168, I, do CTN, que assenta que: ‘O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados: I - nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;’, dispôs no seu art. 3º: ‘Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 — Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida lei’. Complementando, no art. 4º arrematou: “Art. 4º Esta lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 — Código Tributário Nacional.’

5. Muito embora a lei o faça expressamente, a doutrina clássica do tema assentou a contemporaneidade da lei interpretativa à lei interpretada, aplicando-se-lhe aos fatos pretéritos. Aspecto de relevo que assoma é a verificação sobre ser a novel lei, na parte que nos interessa, efetivamente interpretativa.

6. Sob esse ângulo, é cediço que lei para ser considerada interpretativa, deve assim declarar-se e não criar direito novo, sem prejuízo de assim mesmo ter seu caráter interpretativo questionado. Nesse sentido extrai-se da doutrina do tema que: “*Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas.* (Nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina). *Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo.* Tal é o entendimento da **Affolter** (“Das Intertemporale Recht”, vol. 22, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903, p. 185), julgando necessária uma *Auslegungsklausel*, ao qual **Gabba**, que cita, nesse sentido, *decisão de tribunal de Parma*, (...) Compreensão também de **Vescovi** (*Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili*, in “Giurisprudenza Italiana”, 1904, II, cols. 1.191, 1.204) e a que adere **Duguit**, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo — ‘os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o

legislador lho atribua expressamente' (Traité de Droit Constitutionnel", 3ª ed., vol. 2ª, 1928, p. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pário **Paulo de Lacerda** concede, entretanto, que *seria exagero exigir que a declaração seja inserida no corpo da própria lei, não vindo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei;*" (**Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho**, in "A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro", vol. I, 3ª ed., pp. 294 a 296, grifamos).

7. "Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração." Sob essa ótica "**Savigny** coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: 'trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade' ("System des Heutigen Romischen Rechts", vol. 8ª, 1849, p. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao n. 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como **Gabba** ("Teoria Delta Retroattività Delle Leggi", 3ª ed., vol. 1ª, 1891, p. 29), que invoca **Mailher De Chassat** ("Traité de la Rétroactivité des Lois", vol. 1ª, 1845, pp. 131 e 154), sendo seguido por **Landucci** ("Trattato Storico-Teorico-Pratico di Diritto Civile Francese ed Italiano", versione ampliata del "Corso di Diritto Civile Francese, Secondo il Metodo dello Zachariæ, di Aubry e Rau", vol. 1ª e único, 1900, p. 675) e **Degni** ("L'interpretazione della Legge", 2ª ed., 1909, p. 101), entenda que *é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzindo novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada.* **Paulo de Lacerda** (loc. cit.) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. **Landucci** (nota 7 à p. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: 'Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar

tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa’. Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: *‘Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito’* (“*Traité de Droit Constitutionnel*”, 3ª ed., vol. 2ª, 1928, pp. 274/275).” (ob. cit., pp. 294 a 296).

8. Forçoso concluir que a lei interpretativa para assim ser considerada, não pode ‘encerrar qualquer inovação; essa opinião corresponde à fórmula corrente’ e deve obedecer aos seguintes requisitos: ‘a) não deve a lei interpretativa introduzir novidade, mas dizer somente o que pode reconhecer-se virtualmente compreendido na lei precedente; b) não deve modificar o disposto na lei precedente, mas explicar, declarar aquilo que, de modo mais ou menos imperfeito, já se continha na lei preexistente (acórdão de 12 de abril de 1900, *in* “*Foro Italiano*”, 1900, I, p. 978).” (ob. cit., pp. 294 a 296).

9. Deveras, em sendo interpretativa, põe-se a questão de sua aplicação imediata ou retroativa, porquanto o CTN, no art. 106, é cristalino ao admitir a sua incidência aos fatos geradores pretéritos, ressalvados os consectários punitivos por eventual infração ao dispositivo ora aclarado e está em pleno vigor, posto jamais declarado inconstitucional. É cediço que essa retroatividade é apenas aparente. *“A doutrina francesa, seguindo a opinião tradicional, entende não constituir direito novo a lei interpretativa, pois se limita a declarar, a precisar a lei que preexiste, tornando-a mais clara e de mais fácil aplicação; não é, assim, uma lei nova, que possa entrar em conflito com a interpretada, confunde-se, invés, com esta, faz corpo com ela.* E os autores italianos não dissentem dessa opinião, que tem repercussão internacional. Como nos ilustrou a relação da legislação comparada, Códigos há, como o austríaco (art. 8ª), que ligam uma importância considerável à interpretação da lei pelo próprio legislador; outros, como o argentino (art. 4ª), apenas ressaltaram a não incidência dos casos julgados, sob os efeitos das leis, que têm por objeto esclarecer ou interpretar anteriores; o que também resulta do art. 9ª, 2ª al., do Código chileno, dando as leis, que se limitam a declarar o sentido

de outras, como incorporadas a estas, *sem afetarem os efeitos das sentenças judiciais*, executórias no período intermédio; o português proclama (art. 8^o) a aplicação retroativa da lei interpretativa, reduzindo-a, porém, a nada a ressalva de *não ofender direitos adquiridos*”. “Nosso Direito Positivo, aliás, harmonicamente com a boa doutrina sustentada desde o tempo do Império, e com os ensinamentos dos autores, que analisam sistemas semelhantes ao pátrio, o alcance da questão ainda diminui, eis que a lei, seja embora rotulada como interpretativa, ou assim reconhecida, nunca terá, só por isso, a virtude de retroagir, em detrimento de situações jurídicas definitivamente constituídas.” (ob. cit., pp. 294 a 296).

10. O STF, através da pena de seus integrantes, já assentou: “O **Ministro Carlos Mário da Silva Velloso**, em trabalho intitulado ‘O Princípio da Irretroatividade da lei Tributária’, afirma, com fundamento na lição de **Pontes de Miranda**, que ‘não há falar, na ordem jurídica brasileira, em lei interpretativa com efeito retroativo’. Assevera o ilustre Ministro que: ‘A questão deve ser posta assim: *se a lei se diz interpretativa e nada acrescenta, nada inova, ela não vale nada. Se inova, ela vale como lei nova, sujeita ao princípio da irretroatividade. Se diz ela que retroage, incorre em inconstitucionalidade e, por isso, nada vale.*’ (ob. cit., p. 20)” (**Mário Luiz Oliveira da Costa**, de 23.02.2005, a ser publicado na Revista Dialética de Direito Tributário n. 115, com circulação prevista para o mês de abril de 2005).

11. A doutrina nacional também admite a lei interpretativa, sem eiva de inconstitucionalidade. “**Hugo de Brito Machado** pondera que o art. 106, I, do CTN não foi ainda declarado inconstitucional, de modo que continua integrando o nosso ordenamento jurídico. Admite, assim, a existência de leis meramente interpretativas, que não inovariam propriamente, mas apenas se limitariam a esclarecer dúvida atinente ao dispositivo anterior. Ressalva, contudo, não ser permitido ao Estado ‘valer-se de seu poder de legislar para alterar, em seu benefício, relações jurídicas já existentes’” (art. cit.).

12. O STJ já declarou, **v.g.**, que “que a Lei n. 9.528/1997, ‘ao explicitar em que consiste ‘a atividade de construção de imóveis’, veicula norma restritiva do direito do contribuinte, cuja retroatividade é vedada’, enquanto a Lei n. 9.779/1999, por força do princípio constitucional da não-cumulatividade e sendo benéfica aos contribuintes, teria ‘caráter meramente elucidativo e explicitador’, ‘nítida feição interpretativa, podendo operar

efeitos retroativos para atingir a operações anteriores ao seu advento, em conformidade com o que preceitua o art. 106, inciso I, do Código Tributário Nacional'. Entendeu a mesma Corte que a igualmente benéfica dispensa constante da MP n. 2.166-1967, de 24.08.2001, da 'apresentação, pelo contribuinte, de ato declaratório do Ibama, com a finalidade de excluir da base de cálculo do ITR as áreas de preservação permanente e de reserva legal, é de cunho interpretativo, podendo, de acordo com o permissivo do art. 106, I, do CTN, aplicar-se a fatos pretéritos". (Art. cit.)

13. A severa perplexidade gerada pelo advento da novel lei tantas décadas após, não a torna inconstitucional, tanto mais que, consoante reavivado, a jurisprudência vinha oscilando, e a **ratio** da lei interpretativa é exatamente conceder um norte para a adoção de regramentos dúbios, sem, contudo, impedir a interpretação que se imponha à própria lei interpretativa.

14. Ademais, é manifestação jurisprudencial da nossa mais alta Corte que: "(...) As leis interpretativas — desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo — não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em conseqüência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder. Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional. (...) O princípio da irretroatividade *somente* condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa a) ao "**status libertatis** da pessoa (CF, art. 5º, XL); b) ao **status subjectiois** do contribuinte em matéria tributaria (CF, art. 150, III, **a**) e c) à *segurança* jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXXVI). Na medida em que a retroprojeção normativa da lei *não* gere e *nem* produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo. As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, *ordinariamente*, dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, *não* assentou, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade.' (ADI MC n. 605-DE, Relator Ministro Celso de Mello, Pleno, DJ 05.03.1993). Nesse segmento, e sob essa luz, é imperioso analisar a invocação da lei nos tribunais superiores, nos tribunais locais e nas instâncias inferiores.

15. Os Tribunais Superiores somente conhecem de matéria prequestionada, nos termos das Súmulas ns. 356 e 282 do STF. Outrossim, é assente que o requisito do prequestionamento não é mero rigorismo formal, que pode ser afastado pelo julgador a que pretexto for. Ele substancia a necessidade de obediência aos limites impostos ao julgamento das questões submetidas ao egrégio Superior Tribunal de Justiça, cuja competência fora outorgada pela Constituição Federal, em seu art. 105. Neste dispositivo, não há previsão de apreciação originária por este egrégio Tribunal Superior de questões como a que ora se apresenta. A competência para a apreciação originária de pleitos no colendo STJ está exaustivamente arrolada no mencionado dispositivo constitucional, não podendo sofrer ampliação.

16. Outrossim, os tribunais locais admitem o benefício **nondum deducta deducendi** do art. 517 do CPC, não extensivo às leis novas, que mesmo interpretativas não podem ser invocadas **ex novo** no Tribunal **ad quem**, por falta de previsão legal.

17. Nas instâncias originárias, mercê de a prescrição não poder ser conhecida **ex officio** pelo juiz (art. 219, § 5º, do CPC, e art. 40 da LEF c.c. o art. 174 do CTN), nas ações de repetição de indébito, após a defesa, somente o novel direito subjetivo (e não o objetivo) e as matérias de ofício podem ser alegadas após a contestação (art. 303 do CPC).

18. Consectário desse raciocínio é que a Lei Complementar n. 118, de 09 de fevereiro de 2005, aplica-se, tão-somente, aos fatos geradores pretéritos ainda não submetidos ao crivo judicial, pelo que o novo regramento não é retroativo mercê de interpretativo. É que toda lei interpretativa, como toda lei, não pode retroagir. Outrossim, as lições de outrora coadunam-se com as novas conquistas constitucionais, notadamente a segurança jurídica da qual é corolário a vedação à denominada “surpresa fiscal”. Na lúcida percepção dos doutrinadores, “Em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal.” (**Humberto Ávila**, in “Sistema Constitucional Tributário”, 2004, pp. 295 a 300).

19. Sob o enfoque jurisprudencial, “o Supremo Tribunal Federal, com base em clássico estudo de **Couto e Silva**, decidiu que o princípio da segurança jurídica é subprincípio do Estado de Direito, da seguinte forma: ‘Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional

(princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. art. 2º). Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe o papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.” (ob., cit. p. 296).

20. Na sua acepção principiológica “A segurança jurídica pode ser representada a partir de duas perspectivas. Em primeiro lugar, os cidadãos devem saber de antemão quais normas são vigentes, o que é possível apenas se elas estão em vigor ‘antes’ que os fatos por elas regulamentados sejam concretizados (irretroatividade), e se os cidadãos dispuserem da possibilidade de conhecer ‘mais cedo’ o conteúdo das leis (anterioridade). A idéia diretiva obtida a partir dessas normas pode ser denominada “dimensão formal-temporal da segurança jurídica”, que pode ser descrita sem consideração ao conteúdo da lei. Nesse sentido, a segurança jurídica diz respeito à possibilidade do “cálculo prévio” independentemente do conteúdo da lei. Em segundo lugar, a exigência de determinação demanda uma ‘certa medida’ de compreensibilidade, clareza, calculabilidade e controlabilidade conteudísticas para os destinatários da regulação.” (ob. cit., pp. 296/297).

21. Cumpre esclarecer que a retroatividade vedada na interpretação autêntica tributária é a que permite a retroação na criação de tributos, por isso que, **in casu**, trata-se de regular prazo para o exercício de ação, matéria estranha do cânone da anterioridade. (ADI MC n. 605-DF) Ademais, entrar em vigor imediatamente não significa retroagir, máxime porque a prescrição da ação é matéria confluyente ao Direito Processual e se confina, também, nas regras de processo anteriormente indicadas.

22. À míngua de prequestionamento por impossibilidade jurídica absoluta de engendrá-lo, e considerando que não há inconstitucionalidade nas leis interpretativas como decidiu em recentíssimo pronunciamento o Pretório excelso, o preconizado na presente sugestão de decisão ao Colegiado, sob o prisma institucional, deixa incólume a jurisprudência do Tribunal ao ângulo da máxima **tempus regit actum**, permite o prosseguimento do julgamento dos feitos de acordo com a jurisprudência reinante, sem invalidar a vontade do legislador através de suscitação de incidente de inconstitucionalidade de resultado moroso e duvidoso a afrontar a efetividade da prestação jurisdicional, mantendo hígida a norma com eficácia aos fatos pretéritos ainda não sujeitos à apreciação judicial, máxime porque o art. 106 do CTN é de constitucionalidade

induvidosa até então e ensejou a edição da LC n. 118/2005, constitucionalmente imune de vícios.

23. Embargos de divergência conhecidos, porém, improvidos.” (voto-vista proferido por este Relator nos autos do EREsp n. 327.043-DF).

3. Agravo regimental 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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.

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

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

DJ 05.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Cuida-se de agravo regimental interposto pela Fazenda Nacional contra decisão monocrática de minha lavra, assim ementada:

“Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Imposto de renda. Aposentadoria complementar. Previdência privada. Prescrição.

1. O prazo para a restituição do imposto de renda incidente sobre valores referentes às verbas de caráter indenizatório começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computados desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o **quantum** devido a título de tributo. Aplicação do brocardo **ubi eadem ratio ibi eadem dispositio**.

2. Recurso especial provido (CPC, art. 557, § 1^a-A).”

Em suas razões de agravar, sustenta a Fazenda que, “com o advento do art. 3^o da Lei Complementar n. 118, cujo caráter é de lei interpretativa, findou a controvérsia jurisprudencial e doutrinária que girava em torno da questão do termo inicial a partir do qual contar-se-ia o prazo prescricional de cinco anos para pleitear a repetição do indébito, porquanto o artigo em questão dispõe expressamente que,

para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 do Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida lei e, portanto, é a partir daí que começa a fluir o prazo quinquenal para que o contribuinte pleiteie a repetição do indébito”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): A decisão agravada ostenta o seguinte teor:

“Trata-se de recurso especial interposto por Laio Alceu Pereira Medeiros e outros, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que externou entendimento segundo o qual o prazo de prescrição para se pleitear a restituição do imposto de renda descontado indevidamente sobre as verbas consideradas indenizatórias é de cinco anos. Segundo o Tribunal, ‘o direito de pleitear a restituição de tributos recolhidos indevidamente extingue-se no prazo de cinco anos e tem como termo **a quo** a extinção do crédito tributário (art. 168 do CTN)’, tendo, no caso dos autos, a extinção se dado com a retenção do tributo na fonte pagadora.

Opostos embargos de declaração, restaram os mesmos rejeitados, por não terem sido vislumbrados os vícios apontados.

Nas razões do especial, sustentam os Recorrentes que o acórdão recorrido aplicou indevidamente o disposto no art. 168, I, do CTN, bem como divergiu de arestos desta Corte, no sentido de que o prazo prescricional começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, computados desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o **quantum** devido a título de tributo.

Foram apresentadas contra-razões, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Realizado o juízo de admissibilidade positivo do recurso, subiram os autos à apreciação deste Tribunal.

Relatados, decido.

O recurso merece conhecimento, uma vez que prequestionada a matéria federal ventilada.

Assiste razão aos recorrentes, porquanto configurada a apontada ofensa ao art. 168, I, do CTN.

Com efeito, em 27.11.2002, a Primeira Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 295.566-DF, da relatoria do eminente Ministro Franciulli Netto, uniformizou o entendimento de que o lançamento, na hipótese de imposto de renda retido na fonte, é feito por homologação (CTN, art. 150), **verbis**:

“Embargos de divergência em recurso especial. Tributário. Repetição de indébito. Imposto de renda. Parcelas indenizatórias. Não-incidência. Prescrição quinquenal. Verba honorária. A regra geral é a de que o prazo prescricional de cinco anos, para que o contribuinte pleiteie a restituição, tenha seu início por ocasião da extinção do crédito tributário, que, no caso, ocorreu quando da retenção na fonte do imposto de renda sobre as importâncias pagas aos embargados, a título de indenização (cf. EREsp n. 258.161-DF, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 03.09.2001). Vencida a Fazenda Pública, nada impede que seja a verba honorária fixada em percentual inferior àquele mínimo indicado no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, a teor do que dispõe o § 4º do retrocitado artigo, porquanto esse dispositivo processual não faz qualquer referência ao limite a que deve se restringir o julgador quando do arbitramento. Embargos de divergência acolhidos.”

Em conseqüência, o prazo prescricional para a sua restituição é de cinco anos contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos a partir da homologação.

Neste mesmo sentido, a jurisprudência da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“Processual Civil e Tributário. Agravo regimental contra decisão que deu provimento a recurso especial. Imposto de renda. Verbas indenizatórias. Prescrição. Afastamento. Honorários advocatícios.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que, com base no art. 557, § 1º, do CPC, deu provimento ao recurso especial interposto pelos autores.

2. Acórdão **a quo** que reconheceu a não-incidência do Imposto de Renda sobre as verbas de natureza indenizatória (férias, licença-prêmio e abono-assiduidade não gozados), em face de programa de demissão voluntária, incidindo a prescrição de 5 (cinco) anos, contados, retroativamente, a partir do ajuizamento da ação, assim como fixou a verba honorária no valor de 5%.

3. O prazo para que seja pleiteada a restituição de imposto de renda incidente sobre valores referentes a verbas de caráter indenizatório começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador,

acrescidos de mais um quinquênio computados desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o **quantum** devido a título de tributo.

(...)

5. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 295.504-DF, Relator Ministro José Delgado, DJ 20.08.2001, p. 375)

Vale destacar o seguinte trecho do v. acórdão acima, **verbis**:

“(…)

Adotando-se a teoria geral dos impostos, realmente, o prazo decadencial seria regulado nos termos do art. 168, I, do CTN, o qual prevê 5 (cinco) anos para o contribuinte que se ache lesado, invocar a prestação jurisdicional.

De outra banda, o legislador supõe a compatibilidade de quase todos os tributos, pelo menos os mais importantes, com o lançamento por homologação (imposto sobre a renda, sobre produtos industrializados, contribuições especiais em geral, etc.), realizando na prática uma transferência de custo das atividades de gestão administrativa para o contribuinte.

À falta de homologação, a decadência do direito de propor a ação de repetição de indébito só ocorre após 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computados desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco, para verificar o **quantum** devido a título de tributo, conforme jurisprudência firmada nesta Corte, **mutatis mutandis**:

‘Tributário. Empréstimo. Compulsório. Restituição de Indébito. Decadência. Prescrição. Art. 168, I, CTN. Decreto-Lei n. 2.288/1986.

1. A Primeira Seção, elidindo divergências, ditou que, sendo o empréstimo compulsório sobre aquisição de combustíveis sujeito a lançamento por homologação, faltante este, o prazo decadencial só começa a fluir após o decurso de cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados mais cinco anos, contados estes da homologação tácita do lançamento. O prazo prescricional definiu-se conforme a jurisprudência assentada pela Primeira Seção-STJ (EREsp ns. 43.502 e 44.952).

2. Precedentes jurisprudenciais iterativos.

3. Recurso provido.’ (REsp n. 166.468-SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 24.08.1998).”

Tal entendimento aplica-se inteiramente ao caso dos autos, tendo em vista o brocardo **ubi eadem ratio ibi eadem dispositio**. Assim, merece censura o acórdão hostilizado quanto ao prazo prescricional.

Ex positis, com fulcro no art. 557, § 1^a-A, do CPC, *dou provimento ao recurso.*”

A Agravante não trouxe argumentos capazes de infirmar a decisão agravada, máxime tendo em vista recentíssima decisão proferida pela Primeira Seção, em 27.04.2005, nos autos do EREsp n. 327.043-DE, da relatoria do eminente Ministro João Otávio de Noronha, reconsolidando a jurisprudência desta Corte acerca da cognominada tese dos cinco mais cinco para a definição do termo **a quo** do prazo prescricional das ações de repetição/compensação de valores indevidamente recolhidos a título de tributo sujeito a lançamento por homologação, desde que ajuizadas até 09 de junho de 2005.

Deveras, acerca da aplicação da Lei Complementar n. 118/2005, restou assente que:

“Processual Civil e Tributário. Ação de repetição de indébito. Prescrição. LC n. 118/2005. Lei interpretativa. Retroatividade.

1. Assentando os estágios do pensamento jurídico das Turmas de Direito Público, é possível sintetizar que, superadas as matérias divergentes entre colegiados com a mesma competência **ratione materiae** e a natureza dialética da ciência jurídica, a Primeira Seção desta Corte passou a concluir que: a) nas ações em que se questiona a devolução (repetição ou compensação) de tributos lançados por homologação não declarados inconstitucionais pelo STF, aplica-se a tese dos ‘cinco mais cinco’, vale dizer, 5 (cinco) anos de prazo decadencial para consolidar o crédito tributário a partir da homologação expressa ou tácita do lançamento e 5 (cinco) anos de prazo prescricional para o exercício da ação; b) nas ações em que se questiona a devolução (repetição ou compensação) de tributos lançados por homologação declarados inconstitucionais pelo STF, o termo **a quo** da prescrição era: 1) a data da publicação da resolução do Senado Federal nas hipóteses de controle difuso de constitucionalidade (EREsp n. 423.994-MG); e 2) a data do trânsito em julgado da decisão do STF que, em controle concentrado, concluiu pela inconstitucionalidade do tributo (REsp n. 329.444-DF).

2. Mister destacar que essa corrente jurisprudencial fundou-se em notável sentimento ético-fiscal considerando o contribuinte que, fincado na presunção de legalidade e legitimidade das normas tributárias, adimplira a exação e surpreendido com a declaração de inconstitucionalidade difusa entrevia a justa oportunidade de se ressarcir daquilo que pagara de boa-fé. Ressoava injusto impor-lhe a prescrição da data do pagamento que fizera, baseado na atuação indene do legislador.

3. Evoluindo em face de sua mutação ideológica, posto alterada **in personae** na sua composição, a Seção de Direito Público no último período anual, uniformizou essa questão do tempo nas relações tributárias, firmando o entendimento de que:

‘Processual Civil e Tributário. Ação de repetição de indébito. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Prescrição. Termo inicial.

1. Versando a lide tributo sujeito a lançamento por homologação, a prescrição da ação de repetição/compensação de valores indevidamente recolhidos deve obedecer ao lapso prescricional de 5 (cinco) anos contados do término do prazo para aquela atividade vinculada, a qual, sendo tácita, também se opera num quinquênio.

2. O egrégio STJ reafirmou a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco) para a definição do termo **a quo** do prazo prescricional, nas causas **in** foco, pela sua Primeira Seção no julgamento do REsp n. 435.835-SC, restando irrelevante para o estabelecimento do termo inicial da prescrição da ação de repetição e/ou compensação, a eventual declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo egrégio STF.

3. Conseqüentemente, o prazo prescricional para a repetição ou compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computado desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o **quantum** devido a título de tributo.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.’ (AgRg no REsp n. 638.248-PR, Primeira Turma, desta relatoria, DJ 28.02.2005)

4. Sedimentada a jurisprudência, a bem da verdade, em inquietante ambiente, porquanto, no seu âmago, entendia a Seção que tangenciara o pressuposto da lesão ao direito e a correspondente **actio nata**, em prol de uma definição jurisprudencial nacional e de pacificação das inteligências atuantes no cenário jurídico, adveio a LC n. 118/2005, publicada no DOU de 09.02.2005 e, com o escopo expresso de ‘interpretar’ o art. 168, I, do CTN, que assenta que: ‘O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados: I - nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;’, dispôs no seu art. 3º: ‘Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 — Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da

referida lei'. Complementando, no art. 4^o arrematou: 'Art. 4^o Esta lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3^o, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 — Código Tributário Nacional.'

5. Muito embora a lei o faça expressamente, a doutrina clássica do tema assentou a contemporaneidade da lei interpretativa à lei interpretada, aplicando-se-lhe aos fatos pretéritos. Aspecto de relevo que assoma é a verificação sobre ser a novel lei, na parte que nos interessa, efetivamente interpretativa.

6. Sob esse ângulo, é cediço que lei para ser considerada interpretativa, deve assim declarar-se e não criar direito novo, sem prejuízo de assim mesmo ter seu caráter interpretativo questionado. Nesse sentido extrai-se da doutrina do tema que: *'Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas.* (Nota: a questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina). *Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo.* Tal é o entendimento da **Affolter** ("Das intertemporale Recht", vol. 22, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903, p. 185), julgando necessária uma *Auslegungsklausel*, ao qual **Gabba**, que cita, nesse sentido, *decisão de tribunal de Parma*, (...) Compreensão também de **Vescovi** (Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili, in "Giurisprudenza Italiana, 1904, II cols., 1191, 1204) e a que adere **Duguít**, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo — *'os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente'* ("Traité de Droit Constitutionnel, 3^a ed., vol. 2^o, 1928, p. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio **Paulo de Lacerda** concede, entretanto, que *seria exagero exigir que a declaração seja inseri da no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei;*" (**Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho**) in "A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro", vol. I, 3^a ed., pp. 294 a 296, grifamos)

7. *'Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração.'* Sob essa ótica

'**Savigny** coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: 'trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade' ("System des Heutigen Romischen Rechts", vol. 8^o, 1849, p. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao n. 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como **Gabba** ("Teoria Delta Retroattività delle Leggi, 3^a ed., vol. 1^o, 1891, p. 29), que invoca **Mailher de Chassat** ("Traité de la Rétroactivité des Lois", vol. 1^o, 1845, pp. 131 e 154), sendo seguido por **Landucci** ("Trattato Storico-Teorico-Pratico di Diritto Civile Francese ed Italiano, versione ampliata del Corso di Diritto Civile Francese, Secondo il Metodo dello Zachariæ, di Aubry e Rau, vol. 1^o e único, 1900, p. 675) e **Degni** ("L'interpretazione della Legge", 2^a ed., 1909, p. 101), entenda que *é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzindo novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada. Paulo de Lacerda* (loc. cit.) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. **Landucci** (nota 7 à p. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: 'Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa'. Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: 'Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito' ("Traité de Droit Constitutionnel", 3^a ed., vol. 2^o, 1928, pp. 274/275)." (ob. cit., pp. 294 a 296)

8. Forçoso concluir que a lei interpretativa para assim ser considerada, não pode 'encerrar qualquer inovação; essa opinião corresponde à fórmula corrente' e deve obedecer aos seguintes requisitos: 'a) não deve a lei interpretativa introduzir novidade, mas dizer somente o que pode reconhecer-se

virtualmente compreendido na lei precedente; b) não deve modificar o disposto na lei precedente, mas explicar, declarar aquilo que, de modo mais ou menos imperfeito, já se continha na lei preexistente (acórdão de 12 de abril de 1900, *in* Foro Italiano, 1900, I, p. 978)'. (ob. cit., pp. 294 a 296)

9. Deveras, em sendo interpretativa, põe-se a questão de sua aplicação imediata ou retroativa, porquanto o CTN, no art. 106, é cristalino ao admitir a sua incidência aos fatos geradores pretéritos, ressalvados os conseqüências punitivos por eventual infração ao dispositivo ora aclarado e está em pleno vigor, posto jamais declarado inconstitucional. É cediço que essa retroatividade é apenas aparente. *‘A doutrina francesa, seguindo a opinião tradicional, entende não constituir direito novo a lei interpretativa, pois se limita a declarar, a precisar a lei que preexiste, tornando-a mais clara e de mais fácil aplicação; não é, assim, uma lei nova, que possa entrar em conflito com a interpretada, confunde-se, invés, com esta, faz corpo com ela. E os autores italianos não dissentem dessa opinião, que tem repercussão internacional. Como nos ilustrou a relação da legislação comparada, Códigos há, como o austríaco (art. 8^a), que ligam uma importância considerável à interpretação da lei pelo próprio legislador; outros, como o argentino (art. 4^a), apenas ressaltaram a não-incidência dos casos julgados, sob os efeitos das leis, que têm por objeto esclarecer ou interpretar anteriores; o que também resulta do art. 9^a, 2^a al., do Código chileno, dando as leis, que se limitam a declarar o sentido de outras, como incorporadas a estas, sem afetarem os efeitos das sentenças judiciais, executórias no período intermédio; o português proclama (art. 8^a) a aplicação retroativa da lei interpretativa, reduzindo-a, porém, a nada a ressalva de não ofender direitos adquiridos’.* ‘Nosso Direito Positivo, aliás harmonicamente com a boa doutrina sustentada desde o tempo do Império, e com os ensinamentos dos autores, que analisam sistemas semelhantes ao pátrio, o alcance da questão ainda diminui, eis que a lei, seja embora rotulada como interpretativa, ou assim reconhecida, nunca terá, só por isso, a virtude de retroagir, em detrimento de situações jurídicas definitivamente constituídas’. (ob. cit., pp. 294 a 296)

10. O STF, através da pena de seus integrantes, já assentou: ‘O Ministro **Carlos Mário da Silva Velloso**, em trabalho intitulado ‘O Princípio da Irretroatividade da Lei Tributária’, afirma, com fundamento na lição de **Pontes de Miranda**, que ‘não há falar, na ordem jurídica brasileira, em lei interpretativa com efeito retroativo’. Assevera o ilustre Ministro que: ‘A questão deve ser posta assim: *se a lei se diz interpretativa e nada acrescenta, nada inova, ela não vale nada. Se inova, ela vale como lei nova, sujeita ao princípio da*

irretroatividade. Se diz ela que retroage, incorre em inconstitucionalidade e, por isso, nada vale. (ob. cit., p. 20)' (**Mário Luiz Oliveira da Costa**, de 23.02.2005, a ser publicado na Revista Dialética de Direito Tributário n. 115, com circulação prevista para o mês de abril de 2005)

11. A doutrina nacional também admite a lei interpretativa, sem eiva de inconstitucionalidade. **Hugo de Brito Machado** pondera que o art. 106, I, do CTN não foi ainda declarado inconstitucional, de modo que continua integrando o nosso ordenamento jurídico. Admite, assim, a existência de leis meramente interpretativas, que não inovariam propriamente, mas apenas se limitariam a esclarecer dúvida atinente ao dispositivo anterior: Ressalva, contudo, não ser permitido ao Estado 'valer-se de seu poder de legislar para alterar, em seu benefício, relações jurídicas já existentes'" (art. cit.)

12. O STJ já declarou, **v.g.**, que 'que a Lei n. 9.528/1997, 'ao explicitar em que consiste 'a atividade de construção de imóveis', veicula norma restritiva do direito do contribuinte, cuja retroatividade é vedada', enquanto a Lei n. 9.779/1999, por força do princípio constitucional da não-cumulatividade e sendo benéfica aos contribuintes, teria 'caráter meramente elucidativo e explicitador', 'nítida feição interpretativa, podendo operar efeitos retroativos para atingir a operações anteriores ao seu advento, em conformidade com o que preceitua o art. 106, inciso I, do Código Tributário Nacional'. Entendeu a mesma Corte que a igualmente benéfica dispensa constante da MP n. 2.166/1967, de 24.08.2001, da 'apresentação, pelo contribuinte, de ato declaratório do Ibama, com a finalidade de excluir da base de cálculo do ITR as áreas de preservação permanente e de reserva legal, é de cunho interpretativo, podendo, de acordo com o permissivo do art. 106, I, do CTN, aplicar-se a fatos pretéritos'. (art. cit.)

13. A severa perplexidade gerada pelo advento da novel lei tantas décadas após, não a torna inconstitucional, tanto mais que, consoante reavivado, a jurisprudência vinha oscilando, e a **ratio** da lei interpretativa é exatamente conceder um norte para a adoção de regramentos dúbios, sem, contudo, impedir a interpretação que se imponha à própria lei interpretativa.

14. Ademais, é manifestação jurisprudencial da nossa mais alta Corte que:

'(...) As leis interpretativas — desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de Direito Positivo — não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder.

Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional.

(...)

O princípio da irretroatividade *somente* condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa a) ao **status libertatis** da pessoa (CF, art. 5º, XL), b) ao **status subjectiois** do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, **a**), e c) à *segurança* jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXXVI).

Na medida em que a retroprojeção normativa da lei *não* gere e *nem* produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo.

As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, *ordinariamente*, dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, *não* assentou, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade.’ (ADIn MC 605-DF, Relator Ministro Celso de Mello, Pleno, DJ 05.03.1993)

Nesse segmento, e sob essa luz, é imperioso analisar a invocação da lei nos tribunais superiores, nos tribunais locais e nas instâncias inferiores.

15. Os tribunais superiores somente conhecem de matéria prequestionada, nos termos das Súmulas ns. 356 e 282, do STF. Outrossim, é assente que o requisito do prequestionamento não é mero rigorismo formal, que pode ser afastado pelo julgador a que pretexto for. Ele consubstancia a necessidade de obediência aos limites impostos ao julgamento das questões submetidas ao egrégio Superior Tribunal de Justiça, cuja competência fora outorgada pela Constituição Federal, em seu art. 105. Neste dispositivo não há previsão de apreciação originária por este egrégio Tribunal Superior de questões como a que ora se apresenta. A competência para a apreciação originária de pleitos no colendo STJ está exaustivamente arrolada no mencionado dispositivo constitucional, não podendo sofrer ampliação.

16. Outrossim, os tribunais locais admitem o benefício **nondum deducta deducendi** do art. 517 do CPC, não extensivo às leis novas, que mesmo interpretativas não podem ser invocadas **ex novo** no Tribunal **ad quem**, por falta de previsão legal.

17. Nas instâncias originárias, mercê de a prescrição não poder ser conhecida **ex officio** pelo juiz (art. 219, § 5º, do CPC, e art. 40 da LEF c.c. o art. 174 do CTN), nas ações de repetição de indébito, após a defesa, somente o novel direito subjetivo (e não o objetivo) e as matérias de ofício podem ser alegadas após a contestação (art. 303 do CPC).

18. Consectário desse raciocínio é que a Lei Complementar n. 118, de 09 de fevereiro de 2005, aplica-se, tão-somente, aos fatos geradores pretéritos ainda não submetidos ao crivo judicial, pelo que o novo regramento não é retroativo mercê de interpretativo. É que toda lei interpretativa, como toda lei, não pode retroagir. Outrossim, as lições de outrora coadunam-se com as novas conquistas constitucionais, notadamente a segurança jurídica da qual é corolário a vedação à denominada ‘surpresa fiscal’. Na lúcida percepção dos doutrinadores, ‘Em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal’. (**Humberto Ávila**, in “Sistema Constitucional Tributário”, 2004, pp. 295 a 300)

19. Sob o enfoque jurisprudencial ‘o Supremo Tribunal Federal, com base em clássico estudo de **Couto e Silva**, decidiu que o princípio da segurança jurídica é subprincípio do Estado de Direito, da seguinte forma: ‘Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. art. 2ª). Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe o papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.’” (ob. cit. p. 296)

20. Na sua acepção principiológica ‘A segurança jurídica pode ser representada a partir de duas perspectivas. Em primeiro lugar, os cidadãos devem saber de antemão quais normas são vigentes, o que é possível apenas se elas estão em vigor ‘antes’ que os fatos por elas regulamentados sejam concretizados (irretroatividade), e se os cidadãos dispuserem da possibilidade de conhecer ‘mais cedo’ o conteúdo das leis (anterioridade). A idéia diretiva obtida a partir dessas normas pode ser denominada ‘dimensão formal-temporal da segurança jurídica’, que pode ser descrita sem consideração ao conteúdo da lei. Nesse sentido, a segurança jurídica diz respeito à possibilidade do ‘cálculo prévio’ independentemente do conteúdo da lei. Em segundo lugar, a exigência de determinação demanda uma ‘certa medida’ de compreensibilidade, clareza, calculabilidade e controlabilidade conteudísticas para os destinatários da regulação’. (ob. cit., pp. 296/297)

21. Cumpre esclarecer que a retroatividade vedada na interpretação autêntica tributária é a que permite a retroação na criação de tributos, por isso que, **in casu**, trata-se de regular prazo para o exercício de ação, matéria estranha do cânone da anterioridade. (ADI MC n. 605-DF). Ademais, entrar

em vigor imediatamente não significa retroagir, máxime porque a prescrição da ação é matéria confluyente ao Direito Processual e se confina, também, nas regras de processo anteriormente indicadas.

22. À míngua de prequestionamento por impossibilidade jurídica absoluta de engendrar-lo, e considerando que não há inconstitucionalidade nas leis interpretativas como decidiu em recentíssimo pronunciamento o Pretório excelso, o preconizado na presente sugestão de decisão ao Colegiado, sob o prisma institucional, deixa incólume a jurisprudência do Tribunal ao ângulo da máxima **tempus regit actum**, permite o prosseguimento do julgamento dos feitos de acordo com a jurisprudência reinante, sem invalidar a vontade do legislador através suscitação de incidente de inconstitucionalidade de resultado moroso e duvidoso a afrontar a efetividade da prestação jurisdicional, mantendo hígida a norma com eficácia aos fatos pretéritos ainda não sujeitos à apreciação judicial, máxime porque o art. 106 do CTN é de constitucionalidade indubidosa até então e ensejou a edição da LC n. 118/2005, constitucionalmente imune de vícios.

23. *Embargos de divergência conhecidos, porém, improvidos.*” (voto-vista proferido por este Relator nos autos dos EREsp n. 327.043-DF)

Diante do exposto, *nego provimento* ao presente agravo regimental.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL
NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 434.822-MG (2002/0054491-3)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Relator p/ o acórdão: Ministro José Delgado

Embargante: Indústria e Comércio Kodama Ltda

Advogados: Leonardo Guedes de Carvalho e outros

Embargado: Estado de Minas Gerais

Procuradores: Maurício Bhering Andrade e outros

EMENTA

Processual Civil. Ação rescisória. Súmula n. 343-STF. Inaplicabilidade. Embargos declaratórios. Contradição.

1. Está pacificado nesta Corte o entendimento de que é rescindível por literal violação à lei o acórdão que julga constitucional lei que, ao fim, o STF vem a declarar inconstitucional, *ainda que* à época da prolação da decisão a questão se achasse controvertida.

2. Negar essa fundamentação, aplicando à espécie a Súmula n. 343-STF, sob o argumento de que à época da prolação da decisão rescindenda a questão não se encontrava mais controvertida, implica contradição, sanável por meio de embargos declaratórios.

3. Embargos acolhidos para, negando provimento ao agravo regimental da Fazenda, prevalecer a primeira decisão do Relator.

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, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, acolher os embargos de declaração para negar provimento ao agravo regimental da Fazenda Estadual, prevalecendo a primeira decisão proferida pelo Sr. Ministro-Relator, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro José Delgado (voto-vista) os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki (RISTJ, art. 162, § 2^a, segunda parte) e Denise Arruda.

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

Ministro José Delgado, Relator p/ o acórdão

DJ 17.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de embargos de declaração opostos por Indústria e Comércio Kodama Ltda, em face do acórdão abaixo ementado, **verbis**:

“Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Ação rescisória. Adicional sobre o imposto de renda. Acórdão rescindendo posterior à ADin que julgou inconstitucional a exação. Violação a preceitos constitucionais. Análise. Impossibilidade.

I - Está pacificado nesta Corte o entendimento de que é rescindível por literal violação à lei o acórdão que julga constitucional lei que, ao fim, o Supremo Tribunal Federal vem a declarar inconstitucional, ainda que à época da prolação da decisão a questão se achasse controvertida.

II - Na presente hipótese, quando do julgamento do acórdão rescindendo, em 28 de março de 1996, o Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado em sede de ADIn sobre a inconstitucionalidade do Adicional do Imposto de Renda.

III - As alegações de não-aplicabilidade da Súmula n. 343 do STF são impertinentes à espécie, uma vez que, sendo o acórdão rescindendo posterior à própria ADIn que julgou inconstitucional a exação em debate, à época da prolação da decisão a questão não se encontrava mais controvertida.

IV - Caberia à agravante, naquela oportunidade, interpor recurso extraordinário para enfrentar a decisão rescindenda, e não utilizar a ação rescisória como meio substitutivo do recurso excepcional, com prazo de interposição mais benéfico.

V - É vedado a esta Corte analisar suposta violação a preceitos constitucionais, mesmo para fins de prequestionamento.

VI - Agravo regimental improvido.”

A Embargante alega que o acórdão embargado incorreu em contradição ao consignar que: “está pacificado nesta Corte o entendimento de que é rescindível por literal violação à lei o acórdão que julga constitucional lei que, ao fim, o Supremo Tribunal Federal vem a declarar inconstitucional, ainda que à época da prolação da decisão a questão se achasse controvertida”; para depois negar provimento ao recurso, sob a alegação de que: “Dessa forma, as alegações de não-aplicabilidade da Súmula n. 343 do STF são impertinentes à hipótese dos autos, uma vez que a decisão rescindenda é posterior à própria ADIn que julgou inconstitucional a exação em debate. Isso significa que à época da prolação da decisão rescindenda a questão não se encontrava mais controvertida”. Requer, ainda, a expressa manifestação sobre a ofensa à Constituição argüida no agravo regimental, sob pena de contrariedade aos arts. 535 e 165 c.c. 458, II, 480 e ss. e 126 do Código de Processo Civil, bem como aos arts. 5º, XXXV, LIV, LV e XXXIV, a; 105, III, a, 93, IX, e 97 da Constituição Federal.

Em mesa, para julgamento.

É o relatório.

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Ação rescisória. Adicional sobre o imposto de renda. Acórdão rescindendo posterior à ADIn que julgou inconstitucional a exação. Embargos de declaração. Omissão. Obscuridade. Contradição. Erro material. Inexistência. Violação a preceitos constitucionais. Análise. impossibilidade.

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento imerso no art. 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento.

II - Inocorrentes as hipóteses de omissão, obscuridade, contradição, ou ainda, erro material, não há como prosperar o inconformismo, cujo real intento é a obtenção de efeitos infringentes.

III - É vedado a esta Corte analisar suposta violação a preceitos constitucionais, mesmo para fins de prequestionamento.

IV - Embargos de declaração rejeitados.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Não vislumbro na espécie **sub judice** qualquer omissão, obscuridade, contradição ou erro material no acórdão embargado, senão o intuito de rediscutir matéria já decidida, emprestando-lhe o efeito infringente.

Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, exigindo-se, para seu acolhimento, que estejam presentes os pressupostos legais de cabimento.

Esta colenda Corte, bem como o Pretório excelso, vem demonstrando, através de seus julgados, que o Poder Judiciário não é órgão consultivo, que tem o dever de debater, ponto a ponto, todas as teses levantadas pelas partes.

O simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os embargos de declaração, que servem ao aprimoramento, mas não à sua modificação que, só muito excepcionalmente, é admitida.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes deste Tribunal, **verbis**:

“Embargos de declaração. Anteriores embargos já rejeitados. Omissão inexistente.

1. Não há qualquer contradição, obscuridade ou omissão no acórdão. O simples descontentamento com o resultado desfavorável do julgamento ocorrido nesta instância superior, após exame da legislação infraconstitucional, não dá ensejo aos embargos de declaração.

2. Embargos de declaração rejeitados” (EDcl no AgRg no Ag n. 311.984-SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 11.06.2001, p. 210).

“Não pode ser conhecido recurso que, sob o rótulo de embargos declaratórios, pretende substituir a decisão recorrida por outra. Os embargos

declaratórios são apelo de integração, não de substituição” (EDcl no REsp n. 15.774-SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 22.11.1993).

Por outro lado, a análise de suposta violação a dispositivos constitucionais é de competência exclusiva do Pretório excelso, conforme dispõe o art. 102, inciso III, da Carta Magna, pela via do recurso extraordinário, sendo, destarte, defeso a esta colenda Corte fazê-lo, ainda que para fins de prequestionamento.

Nessa esteira, destaco o seguinte precedente, **litteris**:

“Embargos de declaração. Ausência de omissão. Efeitos infringentes. Matéria constitucional. Pquestionamento. Impossibilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal.

1. Não demonstrando o embargante qualquer omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, ou mesmo equívoco manifesto, capaz de ensejar a inversão do julgamento, não merecem acolhida os embargos.

2. Não é possível, em sede de embargos de declaração, apreciar violação a artigos da Constituição, porquanto o prequestionamento de matéria essencialmente constitucional, por esta Corte, importaria em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Embargos rejeitados.” (EDcl no AgRg no Ag n. 464.503-SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 04.08.2003, p. 313).

Isto posto, *rejeito* os presentes embargos de declaração.

É o meu voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: O eminente Relator, em decisão monocrática, decidiu (fls. 543/545):

“Vistos, etc.

Trata-se de recurso especial interposto por Indústria e Comércio Kodama Ltda, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, proferido em sede de embargos infringentes, que restou assim ementado, **verbis**:

‘Processual Civil. Constitucional. Embargos infringentes contra v. acórdão não-unânime, que julgou improcedente a ação rescisória ajuizada contra a Fazenda Pública. Restituição do recolhido a título de Adicional sobre o Imposto de Renda. Argüidas preliminares de prescrição e ilegitimidade ativa rejeitadas. Configuração do enunciado da Súmula n. 343 do STF. Embargos infringentes rejeitados’ (fl. 423).

Sustenta a recorrente violação ao art. 485, V, do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial, aduzindo, em síntese, que há literal violação à lei, uma vez que o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento pela inconstitucionalidade de lei que o acórdão que se pretende rescindir julgou constitucional, sendo inaplicável a Súmula n. 343 do STF.

Instado, o douto Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial (fls. 538/541).

Relatados, decido.

Tenho que merece guarida a pretensão da recorrente.

Está pacificado nesta Corte o entendimento de que é rescindível por literal violação à lei o acórdão que julga constitucional lei que, ao fim, o Supremo Tribunal Federal vem a declarar inconstitucional, ainda que à época da prolação da decisão a questão se achasse controvertida.

Nesse sentido, transcrevo os seguintes julgados, **litteris**:

‘Processual Civil. Ação rescisória. Recurso especial. Súmula n. 343 do STF. Inaplicabilidade. Provimento do especial.

A Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal objetiva impossibilitar a procedência da rescisória, fundada em ofensa a literal disposição de lei, quando a respectiva interpretação é controvertida no âmbito dos tribunais ordinários, não alcançando a divergência concernente à inconstitucionalidade de lei entre tribunais inferiores e a Corte Suprema.

É rescindível o acórdão que deixa de aplicar a lei sob coima de inconstitucionalidade, em desapreço à decisão do STF que, subsequente e pelo seu Plenário, considera a mesma legislação em consonância com a Constituição Federal.

Recurso provido. Decisão unânime.’ (REsp n. 146.866-RS, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ 26.10.1998)

‘Processual Civil. Ação rescisória. Interpretação de texto constitucional. Cabimento. Súmula n. 343-STF. Inaplicabilidade. Contribuição previdenciária. Lei n. 7.787, de 30.06.1989, art. 3^a. Violação de preceito da lei processual civil não configurada. Prequestionamento ausente. Súmulas ns. 282 e 356-STF. Violação ao art. 485, V, do CPC. Divergência jurisprudencial comprovada. Precedentes.

Se o Tribunal **a quo** sequer mencionou a matéria objeto do preceito legal inquinado de violado (fato novo), mesmo após a manifestação dos embargos de declaração, tem-se por ausente o prequestionamento do tema, inviabilizando a análise da controvérsia nesta Superior Instância.

Incidência das Súmulas ns. 282 e 356-STF

A egrégia Corte Especial deste Tribunal pacificou o entendimento, sem discrepâncias, no sentido de que é admissível a ação rescisória, mesmo que, à época da decisão rescindenda, fosse controvertida a interpretação de texto constitucional, afastada a aplicação da Súmula n. 343-STF (REsp n. 155.654-RS, DJ 23.08.1999).

Recurso conhecido e provido.' (REsp n. 131.444-RS, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 11.12.2000)

'Embargos de divergência. Ação rescisória. Interpretação de texto constitucional. Cabimento.

É admissível a ação rescisória, mesmo que, à época da decisão rescindenda, fosse controvertida a interpretação de texto constitucional. Inaplicável à espécie a Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal, ainda mais porque o aresto rescindendo divergira do pacífico entendimento do STF sobre o tema, de índole constitucional. Precedentes.

Dissenso não configurado.

Embargos não conhecidos.' (EREsp n. 155.654-RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 23.08.1999)

Fica afastada no presente caso a aplicação da Súmula n. 343 do STF, que somente tem incidência quando se tratar de matéria legal, e não constitucional.

Esse é o entendimento pacífico da jurisprudência desta Corte, conforme se verifica nos seguintes julgados, **verbis**:

'Processual Civil. Ação rescisória. Cabimento. Interpretação do texto legal. Constitucionalidade. Empresas exclusivamente prestadoras de serviços. Violação a literal disposição de lei (CPC, art. 485, V). Majoração de alíquotas. Precedentes.

A egrégia Corte Especial do STJ pacificou o entendimento, sem discrepância, de que é admissível a ação rescisória, mesmo que à época da decisão rescindenda, fosse controvertida a interpretação de texto constitucional, afastada a aplicação da Súmula n. 343-STF (REsp n. 155.654-RS, DJ 23.08.1999).

Recurso especial conhecido e provido' (REsp n. 224.269-DF, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 18.02.2002).

'Processo Civil. Ação rescisória. Contribuição previdenciária dos avulsos, autônomos e administradores. Lei considerada inconstitucional. Lei n. 7.787/1989, art. 3º, I, Súmula n. 343-STF

1. O preavalecimento de obrigação tributária cuja fonte legal foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal constitui injúria à lógica jurídica, ofendendo os princípios da legalidade e da igualdade tributárias.

2. A Súmula n. 343-STF ‘nada mais é do que a repercussão, na esfera da ação rescisória, da Súmula n. 400 — que não se aplica a texto constitucional — no âmbito do recurso extraordinário’. RTJ 101/214. ‘Se a lei é conforme a Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde declare inconstitucional’. (REsp n. 128.239-RJ, Relator Ministro Ari Pargendler).

3. Multiplicidade de precedentes.

4. Recurso provido’ (REsp n. 172.654-CE, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 04.02.2002).

Tais as razões expendidas, *dou* provimento ao recurso especial, com arrimo no art. 557, § 1^a-A, do Código de Processo Civil.

Publique-se.”

Como visto, seguindo a jurisprudência predominante deste STJ, deu provimento ao recurso.

Em embargos declaratórios, confirmou a mencionada decisão, esclarecendo (fls. 567/568):

“Vistos, etc.

Cuida-se de embargos de declaração opostos por Indústria e Comércio Kodama Ltda contra decisão que proferi dando provimento ao recurso especial em epígrafe, sob o fundamento de que está pacificado nesta Corte o entendimento de que é rescindível por literal violação à lei o acórdão que julga constitucional lei que, ao fim, o Supremo Tribunal Federal vem a declarar inconstitucional, ainda que à época da prolação da decisão a questão se achasse controvertida.

Alega a Embargante que a decisão embargada, ao acolher sua pretensão, fere o mérito da própria ação rescisória, julgando-a procedente, o que implica a imediata rescisão do acórdão rescindendo, e não apenas a reforma da decisão atacada pelo recurso especial. Requer, portanto, que seja sanada a obscuridade contida no **decisum**, para que não remanesçam dúvidas quanto ao acolhimento do mérito da própria ação rescisória, em vez de reforma do acórdão **a quo** para que outro seja proferido em seu lugar.

Relatados, decido.

Tenho que a irresignação supra merece parcial guarida.

De fato, a parte dispositiva da decisão embargada merece ser esclarecida.

No caso dos autos é cabível a ação rescisória, pois está pacificado nesta Corte o entendimento de que é rescindível por literal violação à lei o acórdão que julga constitucional lei que, ao fim, o Supremo Tribunal Federal vem a declarar inconstitucional, ainda que à época da prolação da decisão a questão se achasse controvertida.

Contudo, não é possível neste momento processual ser julgado o mérito da ação rescisória, sob pena de supressão de instância.

Nesse sentido, destaco o seguinte julgado, **verbis**:

‘Recurso especial. Ação rescisória. Inaplicabilidade da Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal. Declaração de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei n. 7.689/1988. RE n. 150.764-1.

No caso dos autos, é cabível a ação rescisória, uma vez que o acórdão rescindendo julgou válido o art. 9º da Lei n. 7.689/1988, declarado inconstitucional por decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 150.764-1, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 02.04.1993.

Se não chegou o duto Colegiado de origem a proferir o **iudicium rescissorium**, sequer o **iudicium rescindens**, não é possível, no momento processual atual, ser julgada procedente a ação, sob pena de se suprimir a instância **a quo**.

Recurso especial parcialmente provido’ (REsp n. 192.500-RS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 23.09.2002, p. 300).

Tais as razões expendidas, com arrimo no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, *acolho* parcialmente os embargos de declaração tão-somente para determinar a remessa dos autos ao Tribunal **a quo** para apreciação do tema de mérito.

Publique-se.”

A seguir, em face de agravo regimental interposto pelo Estado de Minas Gerais, reconsiderou a sua decisão para ter como improvido o recurso especial anteriormente provido.

A Empresa interpôs agravo regimental contra essa última decisão, que foi improvido.

A Embargante aponta contradição no acórdão e afirma (fls. 622/624):

“O v. acórdão embargado, **data maxima venia**, incorreu em contradição, ao consignar que:

‘De fato, está pacificado nesta Corte o entendimento de que é rescindível por literal violação à lei o acórdão que julga constitucional lei que, ao fim, o Supremo Tribunal Federal vem a declarar inconstitucional, *ainda que à época da prolação da decisão a questão se achasse controvertida*’. (Grifou-se)

Para ao depois negar provimento ao recurso, sob a alegação de que:

‘Dessa forma, as alegações de não-aplicabilidade da Súmula n. 343 do STF são impertinentes à hipótese dos autos, uma vez que a decisão rescindenda é posterior à própria ADIn que julgou inconstitucional a exação em debate. Isso significa que à época da prolação da decisão rescindenda *a questão não se encontrava mais controvertida*.’ (Grifou-se)

Ora, a partícula ‘*ainda que*’, da primeira assertiva, aponta que a controvérsia sobre a matéria não é requisito para a admissibilidade da ação rescisória, apenas a ela não se opõe, por inaplicabilidade da Súmula n. 343 do colendo STF

As duas sentenças transcritas retro são, pois, contraditórias.

Requer a Embargante seja a referida contradição sanada por declaração do r. acórdão embargado.

Omissão

Data maxima venia, a Constituição, por sua supremacia normativa, impõe a aplicação do seu texto em qualquer instância ou tribunal.

É, aliás, o que decorre do art. 97 da CRFB/1988, assim como do art. 5º, inciso XXXV, da mesma Constituição. E, no Código de Processo Civil, dos arts. 480 e ss., assim como do art. 458, inciso II, e do art. 126.

O fato, pois, de possuir este egrégio Sodalício competência específica e excepcional, voltada à garantia da hegemonia da legislação federal, não lhe subtrai a competência para aplicar, no caso que lhe é submetido, a Constituição.

Aliás, é o que esta Corte, **data venia**, faz o tempo todo, sobretudo ao avaliar a possibilidade de apreciação ou não dos recursos que lhe são submetidos, tendo em conta a competência constitucionalmente outorgada a este egrégio Tribunal.

Destarte, cabe a este egrégio Tribunal, como de resto a todos os órgãos do Poder Judiciário, aplicarem e obedecerem à Constituição. E, deste modo, descabe

qualquer escusa no sentido de negar a apreciação de questão que lhe é submetida (art. 5º, XXXV, CF/1988), por ter fundamentação constitucional, quando o texto da Lei Maior é suscitado no exercício da competência que lhe assiste.

Com efeito, a negativa à manifestação ora reiteradamente requerida implicaria contrariedade aos arts. 535 (por negativa de prestação jurisdicional, com persistência na omissão incorrida pelo r. acórdão embargado) e 165 c.c. 458, inciso II (pela inadequada fundamentação na rejeição dos presentes embargos), todos do Código de Processo Civil, bem como aos arts. 5º, incisos XXXV, LIV, LV e XXXIV, **a**, c.c. 105, III, **a** (inafastabilidade da jurisdição, direito de ação, de petição e à manifestação de recurso extraordinário ao colendo STF, devido processo legal, ampla defesa e contraditório) e ao art. 93, IX (pela inadequada fundamentação na rejeição dos presentes embargos), todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Portanto, requer a Embargante a expressa manifestação sobre a ofensa à Constituição argüida no agravo regimental manifestado, sob pena de contrariedade aos arts. 535 e 165 c.c. 458, inciso II; 480 e ss. e 126, todos do Código de Processo Civil, bem como aos arts. 5º, incisos XXXV, LIV, LV e XXXIV, **a**, c.c. 105, III, **a**; 93, IX, e 97, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.”

Acolho os embargos e reconheço a contradição.

O acórdão, como exposto, afirma que (fl. 611):

“De fato, está pacificado nesta Corte o entendimento de que é rescindível por literal violação à lei o acórdão que julga constitucional lei que, ao fim, o Supremo Tribunal Federal vem a declarar inconstitucional, ainda que à época da prolação da decisão a questão se achasse controvertida.”

A seguir, negando essa fundamentação, dar provimento ao agravo da Fazenda, aplicando a Súmula n. 343 do STF.

É evidente a contradição. Afasto-a. Isso posto, acolho os embargos e, em face da fundamentação do voto do Relator, nego provimento ao agravo regimental da Fazenda, acolhendo, conseqüentemente, os embargos para prevalecer a primeira decisão do Relator, haja vista representar a jurisprudência desta Corte.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 272.736-SE (2000/0082396-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: G Barbosa e Companhia Ltda
Advogados: Alexandro Dias Juchum e outros
Recorrido: Estado de Sergipe
Procuradores: Antônio João Rocha Messias e outros

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Autorização para comercialização de medicamentos. Supermercados.

I - De acordo com a Lei n. 5.991/1973, que regula o comércio de medicamentos, somente as farmácias, drogarias, postos de medicamentos e unidades volantes e dispensários de medicamentos estão autorizados a comercializar estes produtos.

II - Os supermercados, por conseguinte, não estão incluídos no rol **numerus clausus** da referida lei.

III - A Medida Provisória n. 542/1994 concedeu autorização aos supermercados para o aludido comércio, mas, ao ser convertida na Lei n. 9.069/1995, suprimiu de seu texto a autorização para os supermercados comercializarem medicamentos.

IV - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado e a reconsideração do voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, que ressaltou o seu ponto de vista, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar 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 (voto-vista), Teori Albino Zavascki (voto-vista) Denise Arruda e José Delgado (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

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

Ministro Francisco Falcão, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto por G Barbosa e Companhia Ltda, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, do permissivo constitucional, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que entendeu pela inexistência de direito líquido e certo da Impetrante, no sentido de não estarem os supermercados autorizados a comercializar medicamentos anódinos.

O **decisum** restou assim ementado, **litteris**:

“Administrativo. Comercialização de medicamentos anódinos em supermercados. Permissivo da Medida Provisória n. 542/1995, que acrescentou alínea **e** ao art. 6º da Lei n. 5.991/1973 e alterou-lhe alguns outros dispositivos (arts. 4º e 19). Conversão da MP em lei com exclusão da alteração do art. 6º supramencionado e manutenção das demais. Retorno ao **status quo ante**, apesar da permanência dos arts. 4º e 19 da Lei n. 5.991/1973. Não podem os supermercados comercializar medicamentos anódinos — sendo por esses entendidos aqueles que não necessitem de receituário médico para circular — visto que a Medida Provisória que agasalhava o pleito, quando convertida em lei, fora alterada exatamente no que tange a esse aspecto, não contemplando os supermercados. Ora, se não podem ser dispensários, **a fortiori**, não podem vendê-los. Direito líquido e certo inexistente. Segurança cassada. Apelo provido.” (Fl. 203)

Sustenta a Empresa-recorrente, em síntese, violação aos arts. 4º e 19 da Lei n. 5.991/1973, porquanto os supermercados estariam autorizados a comercializar medicamentos anódinos, a despeito da alteração promovida no art. 6º da referida norma, que excluiu tais estabelecimentos do rol das empresas autorizadas a proceder este tipo de comércio.

Contra-razões às fls. 221/234, pugnando pela improcedência do recurso especial.

Instado, o douto representante do Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento do apelo (fls. 250/252).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Em que pese aos argumentos expendidos pela Recorrente, tenho que o presente apelo não merece provimento.

Com efeito, o art. 6º da Lei n. 5.991, de 17 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e

correlatos, não autoriza os supermercados a comercializarem medicamentos de qualquer natureza, inclusive os anódinos.

Tal dispositivo apresenta, de forma taxativa, os tipos de estabelecimentos autorizados a comercializar medicamentos, não constando os supermercados neste rol autorizativo.

Eis o teor deste preceito, **verbis**:

“Art. 6º A dispensação de medicamentos é privativa de:

- a) farmácia;
- b) drogaria;
- c) posto de medicamento e unidade volante;
- d) dispensário de medicamentos.”

Contudo, alega a Recorrente, que por mencionarem os arts. 4º, XVIII, e 19 da Lei n. 5.991/1973, os supermercados, e por constar na Medida Provisória n. 542, de 30 de junho de 1994, a inclusão dos supermercados como aptos a comercializar medicamentos anódinos, deveria o acórdão recorrido ser reformado para conceder o presente *writ*.

Ocorre que os arts. 4º, inciso XVIII, e 19 da mencionada lei, em nenhum momento induzem o intérprete a entender que os supermercados têm autorização para revender medicamentos, abordando outros aspectos, como se pode depreender dos seus respectivos textos:

“Art. 4º Para efeitos desta Lei, são adotados os seguintes conceitos:

(...)

XVIII - Supermercado — estabelecimento que comercializa, mediante auto-serviço, grande variedade de mercadorias, em especial produtos alimentícios em geral e produtos de higiene e limpeza;”

“Art. 19. Não dependerão de assistência técnica e responsabilidade profissional o posto de medicamentos, a unidade volante e o supermercado, o armazém e o empório, a loja de conveniência e a *drugstore*.”

De outra banda, a Medida Provisória n. 542/1994, que dispunha sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, e estabelecia as regras e condições de emissão do Real e os critérios para conversão das obrigações para o Real, em seu art. 52, **caput** e § 1º, de fato, incluía os supermercados como estabelecimentos autorizados a comerciar medicamentos anódinos.

A propósito, o referido artigo assim determinava:

“Art. 52. O art. 6º da Lei n. 5.991, de 17 de dezembro de 1973, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 6º A dispensação de medicamentos é privativa de:

- a) farmácia;
- b) drogaria;
- c) posto de medicamento e unidade volante;
- d) dispensário de medicamentos;
- e) supermercado;
- f) armazém e empório, e
- g) loja de conveniência e *drugstore*.

§ 1º A dispensação de medicamentos em supermercado; armazém e empório; loja de conveniência de *drugstore* é limitada ao fornecimento de drogas e medicamentos anódinos que não dependem de receita médica’.”

Ocorre que a Medida Provisória acima mencionada foi convertida na Lei n. 9.069, de 29 de junho de 1995, que em seu texto final acabou por omitir a alteração feita no art. 6º da Lei n. 5.991/1973, de modo que, não sendo transformado em lei ordinária, este dispositivo veio a perder sua eficácia, retornando ao seu texto original, ou seja, ao **status quo ante** e excluindo de forma definitiva a autorização conferida aos supermercados de comercializar medicamentos anódinos.

A única menção feita aos estabelecimentos comerciais, como os supermercados, na Lei n. 9.069/1995, se deu através do art. 74, que nada dispõe sobre autorização ou não da revenda de remédios em tais estabelecimentos, **in verbis**:

“Art. 74. Os arts. 4º e 19 da Lei n. 5.991, de 17 de dezembro de 1973, passam a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 4º (...)

XVIII - Supermercado — estabelecimento que comercializa, mediante auto-serviço, grande variedade de mercadorias, em especial produtos alimentícios em geral e produtos de higiene e limpeza;

XIX - Armazém e empório — estabelecimento que comercializa, no atacado ou no varejo, grande variedade de mercadorias e, de modo especial, gêneros alimentícios e produtos de higiene e limpeza;

XX - Loja de conveniência e *drugstore* — estabelecimento que, mediante auto-serviço ou não, comercializa diversas mercadorias, com ênfase para aquelas de primeira necessidade, dentre as quais alimentos

em geral, produtos de higiene e limpeza e apetrechos domésticos, podendo funcionar em qualquer período do dia e da noite, inclusive nos domingos e feriados;

(...)

Art. 19. Não dependerão de assistência técnica e responsabilidade profissional o posto de medicamentos, a unidade volante e o supermercado, o armazém e o empório, a loja de conveniência e a *drugstore*’.”

Andou bem, a respeito do tema, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que assim se expressou:

“Antigamente, não era possível aos supermercados a comercialização de qualquer tipo de medicamento, posto que o art. 6º da retromencionada lei restringia essa atividade às: a) farmácia; b) drogaria; c) posto de medicamento e unidade volante; d) dispensário de medicamentos.

Assim permaneceu essa situação até o advento do Plano Real, que, instituído pela Medida Provisória n. 542, de 30 de junho de 1994, alterou a redação do dispositivo, acrescentando os supermercados, mediante inserção de alínea e à espécie normativa, atribuindo-lhes a característica de dispensários (doadores) de medicamentos anódinos. Para fins de adequação desse novo dispositivo, alterou os arts. 4º e do art. 19 da mesma lei, permitindo-lhes a comercialização dos anódinos.

Ocorre que, quando da conversão dessa MP em lei, houve por bem o legislador suprimir a alínea e do seu texto, mantendo-se, todavia, as demais alterações (dos arts. 4º e 19). Por que o fizera? Parece óbvio que objetivou o legislador cassar a autorização que havia sido dada pelo Presidente da República, via Medida Provisória.” (Fl. 204)

Assim sendo, em nada regulando a Lei n. 9.069/1995, que alterou em parte a Lei n. 5.991/1973, no que tange à autorização para a comercialização de medicamentos nos supermercados, não encontra amparo jurídico a pretensão da empresa-recorrente.

Ante o exposto, *nego provimento* ao presente recurso especial.

É o meu voto.

VOTO-VISTA

Administrativo. Comercialização de medicamentos anódinos em supermercados. Princípio constitucional da livre iniciativa.

1. A Medida Provisória n. 542/1994, que dispunha sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional e estabelecia as regras de emissão do Real e os critérios para conversão das obrigações para o Real, em seu art. 52 e § 1º, incluía os supermercados como estabelecimentos autorizados a comercializar medicamentos anódinos, no seu art. 52 que assim dispunha:

“Art. 52. O art. 6º da Lei n. 5.991, de 17 de dezembro de 1973, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 6º A dispensação de medicamentos é privativa de

- a) farmácia;
- b) drogaria;
- c) posto de medicamento e unidade volante;
- d) dispensário de medicamentos;
- e) supermercado;
- f) armazém e empório, e
- g) loja de conveniência e *drugstore*.

§ 1º A dispensação de medicamentos em supermercado; armazém e empório; loja de conveniência de *drugstore* é limitada ao fornecimento de drogas e medicamentos anódinos que não dependem de receita médica.’”

2. Ocorre que a Medida Provisória acima mencionada foi convertida na Lei n. 9.069/1995, que em seu texto final acabou por omitir a alteração feita no art. 6º da Lei n. 5.991/1973, de modo que, não sendo transformado em lei ordinária, este dispositivo veio a perder a sua eficácia, retornando ao seu texto original, ou seja, ao **status quo ante** e excluindo de forma definitiva a autorização conferida aos supermercados de comercializar medicamentos anódinos.

3. Desta sorte andou bem, sobre o **thema decidendum**, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, **verbis**:

“Antigamente, não era possível aos supermercados a comercialização de qualquer tipo de medicamento, posto que o art. 6º da retromencionada lei restringia essa atividade às: a) farmácia; b) drogaria; c) posto de medicamento e unidade volante; d) dispensário de medicamentos.

Assim permaneceu essa situação até o advento do Plano Real, que, instituído pela Medida Provisória n. 542, de 30 de junho de 1994, alterou a redação do dispositivo, acrescentando os supermercados, mediante inserção de alínea e à espécie normativa, atribuindo-lhes a característica de dispensários (doadores) de medicamentos anódinos. Para fins de adequação

desse novo dispositivo, alterou os arts. 4º e 19 da mesma lei, permitindo-lhes a comercialização dos anódinos.

Ocorre que, quando da conversão dessa MP em lei, houve por bem o legislador suprimir alínea e do seu texto, mantendo-se, todavia, as demais alterações (dos arts. 4º e do art. 19). Por que o fizera? Parece óbvio que objetivou o legislador cassar a autorização que havia sido dada pelo Presidente da República, via Medida Provisória.” (Fl. 204)

4. Assim sendo, em nada regulando a Lei n. 9.069/1995, que alterou em parte a Lei n. 5.991/1973, no que concerne à autorização para a comercialização de medicamento nos supermercados, falece de amparo jurídico a pretensão veiculada pela empresa recorrente.

5. Embora adote entendimento diverso, uma vez que o sistema jurídico hodierno vive a denominada posse 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**.

6. Ressalva do Relator no sentido de que a aplicação principiológica do Direito implica partir-se do princípio jurídico genérico ao específico e deste para a legislação infraconstitucional.

7. Nesse segmento, dispõe a Constituição Federal que: “a ordem econômica é calcada na livre iniciativa e na liberdade de concorrência”, por isso que é assegurado a todos o exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal).

8. Consectariamente, é vedado ao Poder Público e ao intérprete do ordenamento antever exegese que transponha a intangibilidade da livre iniciativa que a todos é assegurada em relação a qualquer atividade.

9. À luz desses fundamentos, forçoso concluir que se a Lei n. 5.991/1973 — que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, nos termos do art. 4º, XVIII, e art. 19 *consagra regras relativas aos supermercados*, o que restou reafirmado na Lei n. 9.069/1995 no seu art. 74, estas pessoas jurídicas estão aptas a comercializarem medicamentos anódinos, porquanto indicadas na lei informada no cânone da livre iniciativa.

10. O respeito ao princípio da legalidade impõe que se permita o que a lei não proíbe, no campo da “livre iniciativa”.

11. Com tais fundamentos, e também outros que seriam desnecessários alinhar, *ressalvo* o meu entendimento de que constando do contrato social da

empresa, devidamente registrado, como objeto social a comercialização de medicamentos, não é lícito obstar o exercício desse direito, posto em consonância com os princípios vetores da Carta Federal e acompanho o eminente Relator para *negar provimento* ao recurso especial, com as ressalvas lançadas.

O Sr. Ministro Luiz Fux: A Medida Provisória n. 542/1994, que dispunha sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional e estabelecia as regras de emissão do Real e os critérios para conversão das obrigações para o Real, em seu art. 52 e § 1º, incluía os supermercados como estabelecimentos autorizados a comercializar medicamentos anódinos, no seu art. 52 que assim dispunha:

“Art. 52. O art. 6º da Lei n. 5.991, de 17 de dezembro de 1973, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 6º A dispensação de medicamentos é privativa de

- a) farmácia;
- b) drogaria;
- c) posto de medicamento e unidade volante;
- d) dispensário de medicamentos;
- e) supermercado;
- f) armazém e empório, e
- g) loja de conveniência e *drugstore*.

§ 1º A dispensação de medicamentos em supermercado; armazém e empório; loja de conveniência de *drugstore* é limitada ao fornecimento de drogas e medicamentos anódinos que não dependem de receita médica’.”

Ocorre que a Medida Provisória acima mencionada foi convertida na Lei n. 9.069/1995, que em seu texto final acabou por omitir a alteração feita no art. 6º da Lei n. 5.991/1973, de modo que, não sendo transformado em lei ordinária, este dispositivo veio a perder a sua eficácia, retornando ao seu texto original, ou seja, ao **status quo ante** e excluindo de forma definitiva a autorização conferida aos supermercados de comercializar medicamentos anódinos.

Desta sorte andou bem, sobre o **thema decidendum**, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, **verbis**:

“Antigamente, não era possível aos supermercados a comercialização de qualquer tipo de medicamento, posto que o art. 6º da retromencionada lei restringia essa atividade às: a) farmácia; b) drogaria; c) posto de medicamento e unidade volante; d) dispensário de medicamentos.

Assim permaneceu essa situação até o advento do Plano Real, que, instituído pela Medida Provisória n. 542, de 30 de junho de 1994, alterou a redação do dispositivo, acrescentando os supermercados, mediante inserção de alínea **e** à espécie normativa, atribuindo-lhes a característica de dispensários (doadores) de medicamentos anódinos. Para fins de adequação desse novo dispositivo, alterou os arts. 4º e 19 da mesma lei, permitindo-lhes a comercialização dos anódinos.

Ocorre que, quando da conversão dessa MP em lei, houve por bem o legislador suprimir alínea **e** do seu texto, mantendo-se, todavia, as demais alterações (dos arts. 4º e do art. 19). Por que o fizera? Parece óbvio que objetivou o legislador cassar a autorização que havia sido dada pelo Presidente da República, via Medida Provisória.” (Fl. 204)

Assim sendo, em nada regulando a Lei n. 9.069/1995, que alterou em parte a Lei n. 5.991/1973, no que concerne à autorização para a comercialização de medicamento nos supermercados, falece de amparo jurídico a pretensão veiculada pela empresa recorrente.

Embora adote entendimento diverso, uma vez que o sistema jurídico hodierno vive a denominada posse 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**, *acompanho o voto do eminente Relator com as seguintes ressalvas:*

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

Nesse segmento, dispõe a Constituição Federal que: “a ordem econômica é calcada na livre iniciativa e na liberdade de concorrência”, por isso que é assegurado a todos o exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal).

Consectariamente, é vedado ao Poder Público e ao intérprete do ordenamento antever exegese que transponha a intangibilidade da livre iniciativa que a todos é assegurada em relação a qualquer atividade.

A doutrina do tema, **Celso Antônio Bandeira de Mello**, in “Curso de Direito Administrativo”, 14ª ed. Malheiros, 2002, pp. 632/636, é cediça em assentar que:

“(…) 32. Um dos ‘fundamentos’ da ordem econômica é justamente a ‘liberdade de iniciativa’, conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta, ainda, a ‘livre concorrência’ como um de seus ‘princípios’ obrigatórios. **Sic.** ‘A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho

humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência'.

Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o **quantum** a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados.

33. No passado ainda poderiam prosperar dúvidas quanto a isto; porém, com o advento da Constituição de 1988, tomou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado, com todas as letras, no art. 174: 'Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado'.

Em suma: a dicção categórica do artigo deixa explícito que, a título de planejar, o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas apenas incentivar, atrair os particulares, mediante planejamento indicativo que se apresente como sedutor para condicionar a atuação da iniciativa privada.

É óbvio, então, que o planejamento econômico menos ainda poderá compatibilizar-se com o anacrônico sistema cartorial que se fez vigorar em certos setores, nos quais o empreendimento da produção ou a comercialização no mercado interno ficava pendendo de 'outorgas governamentais' e ainda assim dentro do limite das 'cotas' 'deferidas' pelo Poder Público aos grupos empresariais que as recebessem. De resto, tal sistema seria, literalmente, a negação da livre concorrência, além de constituir-se em manifesta supressão da liberdade de iniciativa, convertida, por tal meio, em autêntico privilégio desfrutável por alguns.

34. Não se imagine que, conquanto a regra constitucional imponha a liberdade em matéria de empreendimento econômico, parágrafo o único do precitado art.

170, embora a reafirme, opõe-lhe exceções — quaisquer que sejam estabelecidas em lei —, dado que segundo seus termos: ‘É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei’.

Na verdade, o que se contém neste preceptivo não é uma a autorização para que o legislador ordinário em tema de livre iniciativa e de livre concorrência possa sobrepor sua orientação à orientação constitucional. Evidentemente, é o que sucederia caso se entendesse que o parágrafo único em a reconferiu ao legislador ordinário o poder de decidir quais atividades em que amplitude podem ser exercidas pelos particulares.

Seria um verdadeiro absurdo, um contra-senso cabal, extrair do parágrafo um artigo a outorga de poder para nulificar o que contém em sua cabeça e em um de seus incisos; o disparate interpretativo seria particularmente inadmissível quando se sabe que o artigo e o inciso em questão (170 e seu inciso IV) apresentaram-se, e de modo declarado, como sendo, respectivamente, um dos ‘fundamentos da ordem econômica’ e um dos ‘princípios’ retores dela. Um fundamento constitucional que pudesse ser arredado por obra da legislação ordinária ou um princípio que esta pudesse menoscabar, a toda evidência, nada valeriam e o constituinte seria rematado tolo se houvesse pretendido construí-los com tal fragilidade. Para valer-nos de uma imagem feliz de **Geraldo Ataliba**, ‘seria o mesmo que construir uma fortaleza e colocar-lhe portas de papelão’.

35. Na verdade, o parágrafo único do art. 170, longe de fragilizá-lo, pelo contrário (e obviamente), existe para reforçar as determinações contidas no **caput** do artigo e em seu inciso IV, tanto mais porque o que deles consta está, consoante foi dito, reafirmado de maneira global no mencionado art. 174, precisamente para garantir-lhes a efetividade até mesmo nos casos em que o Poder Público haja composto um planejamento econômico para o setor.

Veja-se: o parágrafo único do art. 170 começa por dizer que ‘é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica’. Ora, se qualquer atividade econômica é exercitável por todos, segue-se, indubitavelmente, que o Estado não pode restringir apenas a uns ou a alguns (noção antitética a ‘todos’) o exercício de tal qual atividade econômica (noção antitética a ‘qualquer’), pois, seja qual for a atividade, é insuscetível de ser excluída do âmbito de ação dos particulares. Deste universo só estão arredadas as atividades econômicas que a própria Constituição, no art. 177, colocou sob o monopólio estatal.

Vale dizer: o parágrafo único não conferiu à lei o poder de excepcionar a quem quer que seja o exercício livre — e em livre concorrência — de qualquer atividade econômica. O que foi permitido é que a lei excepcionasse o direito de exercê-la independentemente de algum ato ou de autorização de órgãos públicos. Se já não fora pelas razões dantes aduzidas, perceber-se-ia que esta é a única interpretação possível porque, a ser de outro modo, as expressões ‘independentemente de autorização de órgãos públicos’ apareceriam como uma inutilidade absoluta. E na lei não há palavras inúteis.

Expliquemo-nos.

36. Se o constituinte houvesse pretendido dizer que a atividade econômica é livre, mas que a lei poderia excepcionar tal regra, bastar-lhe-ia dizer: ‘É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, salvo os casos indicados em lei’. Mas não foi isso que fez. Intercalou as expressões: ‘independentemente de autorização de órgãos políticos’. Logo, ao estampar em seguida ‘salvo os casos indicados em lei’, deixou claro que aquilo que facultou à lei excepcionar foi justamente a prescindência de autorização. Nota-se, então, a um só tempo, de um lado, que a dicção legal independentemente de autorização’ é quantitativo reforçador da liberdade de iniciativa, mas que tal quantitativo, em alguns casos — previstos em lei —, pode ser sacrificado. Assim, o que a Constituição permitiu sacrificar foi o quantitativo, ou seja, a prescindência de autorização, mas não permitiu sacrificar a liberdade de iniciativa em relação a qualquer atividade econômica. Vê-se, pois, que a própria linguagem do parágrafo único, em si mesma, confirma (independentemente da cabeça do artigo e de seu inciso IV) a intangibilidade da livre iniciativa que a todos é outorgada em relação a quaisquer atividades.

37. Em suma: o que a lei pode ressaltar é a desnecessidade de autorização para o exercício de certa atividade; nunca, porém, restringir a liberdade de empreendê-la e na medida desejada. E, por isto mesmo, como a seguir melhor se esclarece, dita autorização (ou denegação) evidentemente não concerne aos aspectos econômicos, à livre decisão de atuar nos setores tais ou quais e na amplitude acaso pretendida, mas ao ajuste do empreendimento a exigências atinentes à salubridade, à segurança, à higidez do meio ambiente, à qualidade mínima do produto em defesa do consumidor etc. É claro que, se fosse dado ao Poder Público ajuizar sobre a conveniência de os particulares atuarem nesta ou naquela esfera e decidir sobre o volume da produção, estar-se-ia desmentindo tudo o que consta dos artigos citados e do próprio parágrafo único do art. 170, conforme se acaba de referir.

38. A parte final do parágrafo único do art. 170 veio pura e simplesmente indicar que a completa liberdade de iniciativa, bem como a livre concorrência (que não podem ser coartadas, restringidas a alguns ou delimitadas pela quantidade da produção ou comercialização, ainda que apenas em relação a certos setores) não são incompatíveis com a necessidade de prévia verificação administrativa para conferir se o seu exercício dar-se-á dentro de padrões mínimos qualidade, de salubridade, de segurança, de respeito ao ambiente ecológico etc. Vale dizer: nos casos previstos em lei, a Administração Pública pode ter sido habilitada a autorizar o exercício de dada atividade econômica cuja conformidade com as sobreditas exigências normativas deva ser aferida previamente.

Em suma: os diversos bens jurídicos protegidos nas leis de 'polícia administrativa', para garantia da sociedade e dos consumidores, podem ser razão determinante da submissão do início da atividade econômica a uma 'autorização' cuja expedição tomará em conta a consonância do empreendimento com o bem jurídico que a lei em questão haja se proposto a resguardar liminarmente.

39. O freqüente, o comum, é que as leis prevejam apenas fiscalização após o início da atividade e aplicação de sanções sempre que, no exercício da atuação econômica, haja transgressão das regras condicionadoras de seu regular desenvolvimento. Sem embargo, casos há em que a lei estabelece — e pode fazê-lo, como explicitamente o reconhece o parágrafo único do art. 170 — uma prévia aquiescência administrativa (autorização) dos órgãos competentes.

É o que ocorre, **verbi gratia**, para empreendimentos cuja índole é propícia à geração de agravos ecológicos. O mesmo sucede com relação à produção ou comercialização de determinados bens, tais os agrotóxicos, medicamentos ou alimentos industrializados, em que a lei subordina seu ingresso no mercado a exames ou demonstrações prévias de que não oferecem riscos à saúde e possuem níveis de qualidade adequados, sem o que não é autorizada a liberação para comercialização ou consumo.

É fundamental realçar — repita-se — que tais autorizações não dizem respeito, nem podem dizer respeito, aos aspectos econômicos do empreendimento, pois no que a isto concerne, os agentes econômicos são livres. Têm assegurados pela Constituição seus direitos à liberdade de iniciativa, à liberdade de concorrência e à garantia de que o planejamento econômico que o Poder Público faça; apresentar-se-lhes-á com caráter meramente indicativo, não podendo implicar sujeição ou cerceio algum à liberdade econômica que

lhes é reconhecida pela Lei Magna. A não ser assim, o art. 170, o inciso IV do mesmo preceptivo e o art. 174 seriam palavras vãs, juridicamente inexistentes.” (pp. 632 a 636)

À luz desses fundamentos, forçoso concluir que se a Lei n. 5.991/1973 — que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, nos termos do art. 4º, XVIII, e art. 19 *consagra regras relativas aos supermercados*, o que restou reafirmado na Lei n. 9.069/1995 no seu art. 74, estas pessoas jurídicas estão aptas a comercializarem medicamentos anódinos, porquanto indicadas na lei informada no cânone da livre iniciativa.

O respeito ao princípio da legalidade impõe que se permita o que a lei não proíbe, no campo da “livre iniciativa”.

Com tais fundamentos, e também outros que seriam desnecessários alinhar, *ressalvo* o meu entendimento de que constando do contrato social da empresa, devidamente registrado, como objeto social a comercialização de medicamentos, não é lícito obstar o exercício desse direito, posto em consonância com os princípios vetores da Carta Federal.

Ex positis, acompanho o eminente Relator para *negar provimento* ao recurso especial, com as ressalvas lançadas.

É como voto.

VOTO-VISTA

Administrativo. Lei n. 5.991/1973, art. 6º. Rol taxativo dos estabelecimentos autorizados à dispensação de medicamentos. MP n. 542/1994. Inclusão dos supermercados na listagem (inciso **e**). Conversão na Lei n. 9.069/1995. Supressão da inciso **e**. Cassação da autorização. Voto pelo desprovimento do recurso especial, acompanhando o Relator.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trata-se de recurso especial interposto pela impetrante, empresa supermercadista, nos autos de mandado de segurança visando ao reconhecimento de seu direito à comercialização de drogas e medicamentos anódinos, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe que deu provimento às apelações do Ministério Público e do Estado de Sergipe, para denegar a ordem, em acórdão assim ementado:

“Administrativo. Comercialização de medicamentos anódinos em supermercados. Permissivo da Medida Provisória n. 542/1995, que acrescentou a alínea **e** ao art. 6º da Lei n. 5.991/1973 e alterou-lhe alguns outros dispositivos (arts. 4º e 19). Conversão da MP em lei com a exclusão da alteração do art. 6º

supramencionado e manutenção das demais. Retorno ao **satus quo ante**, apesar da permanência dos arts. 4º e 19 da Lei n. 5.991/1973. Não podem os supermercados comercializar medicamentos anódinos — sendo por esses entendidos aqueles que não necessitem de receituário médico para circular —, visto que a Medida Provisória que agasalhava o pleito, quando convertida em lei, fora alterada exatamente no que tange a esse aspecto, não contemplando os supermercados como dispensários (doadores) de medicamentos. Ora, se não podem ser dispensários, **a fortiori**, não podem vendê-los. Direito líquido e certo inexistente. Segurança cassada. Apelo provido.” (Fl. 203)

No recurso especial, a impetrante, com amparo na alínea **a** do permissivo constitucional, a recorrente aponta ofensa aos arts. 4º e 19 da Lei n. 5.991/1973, aduzindo, em suma, que, apesar da supressão da alteração introduzida no art. 6º da Lei n. 5.991/1973 pela MP n. 542/1994 quando de sua conversão na Lei n. 9.069/1995, deve prevalecer o entendimento de que foi mantida a autorização para que os supermercados comercializem medicamentos anódinos.

Em contra-razões, o recorrido sustenta que, tendo em mente a salvaguarda da saúde pública, foram os supermercados excluídos do rol dos estabelecimentos autorizados a dispensar medicamentos, quando da conversão da MP n. 542/1995 em lei, não produzindo aquele primeiro diploma quaisquer efeitos. Afirma tratar-se a Lei n. 5.991/1973 de lei restritiva de direitos, em que a definição da atividade de supermercados, posta no art. 4º, assume função de diferenciação dos demais estabelecimentos aos quais se permite a comercialização de remédios, listados em rol taxativo em seu art. 6º. Finalmente, aduz que, conforme definição contida na própria Lei n. 5.991/1973, a dispensação é a atividade gratuita ou remunerada de medicamentos.

O Relator, Ministro Francisco Falcão, negou provimento ao recurso, considerando que a) os supermercados não constam do rol taxativo do art. 6º da Lei n. 5.991/1973, não se podendo interpretar os arts. 4º e 19 da citada lei como autorizadores da dispensação de medicamentos por esses estabelecimentos; b) a conversão da MP n. 542/1994 em lei sem a referência aos supermercados faz com que o dispositivo dela constante perca sua eficácia.

O Ministro Luiz Fux, em voto-vista, deu provimento ao apelo, entendendo que a) “é vedado ao Poder Público e ao intérprete antever exegese que transponha a intangibilidade da livre iniciativa que a todos é assegurada em relação a qualquer atividade”; b) havendo na Lei n. 5.991/1973 normas relativas aos supermercados, deve-se entender estarem essas pessoas jurídicas aptas a comercializar medicamentos anódinos; c) “o princípio da legalidade impõe que se permita o que a lei não

proíbe, no campo da livre iniciativa”; d) “constando do contrato social da empresa, devidamente registrado, como objeto social a comercialização de medicamentos, não é lícito obstar o exercício desse direito, posto em consonância com os princípios vetores da Carta Federal”.

Pedi vista.

2. É a seguinte a redação original do art. 6º da Lei n. 5.991/1973, que “dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos”:

“Art 6º A dispensação de medicamentos é privativa de:

- a) farmácia;
- b) drogaria;
- c) posto de medicamento e unidade volante;
- d) dispensário de medicamentos.

Parágrafo único. Para atendimento exclusivo a seus usuários, os estabelecimentos hoteleiros e similares poderão dispor de medicamentos anódinos, que não dependam de receita médica, observada a relação elaborada pelo órgão sanitário federal.”

Com o advento da Medida Provisória n. 542/1994, passou a ser a seguinte a redação do dispositivo:

“Art. 6º A dispensação de medicamentos é privativa de:

- a) farmácia;
- b) drogaria;
- c) posto de medicamento e unidade volante;
- d) dispensário de medicamentos;
- e) supermercado;
- f) armazém e empório, e
- g) loja de conveniência e *drugstore*.

§ 1º A dispensação de medicamentos em supermercado; armazém e empório; loja de conveniência de *drugstore* é limitada ao fornecimento de drogas e medicamentos anódinos que não dependem de receita médica.

§ 2º Para atendimento exclusivo a seus usuários, os estabelecimentos hoteleiros e similares poderão dispor de medicamentos anódinos que não dependam de receita médica, observada a relação elaborada pelo órgão sanitário federal.” (Grifou-se)

Quando da conversão da MP na Lei n. 9.069/1995, porém, não foi mantida a alteração do art. 6º da Lei n. 5.991/1973, consistente na inclusão dos supermercados na relação dos autorizados à dispensação de medicamentos, retornando o artigo em comento à sua redação original.

Sendo assim, não há falar em direito líquido e certo da impetrante a comercializar medicamentos de qualquer espécie, por não constarem os supermercados da listagem taxativa de estabelecimentos a que a lei atribui, privativamente, o exercício da atividade de comercialização de medicamentos. O art. 4º da mesma Lei n. 5.991/1973 contém tão-somente um glossário de conceitos utilizados naquele diploma legal, explicitando, em seu inciso XVIII, o que se entende por “supermercado”. No art. 19, com a redação dada pela Lei n. 9.069/1995, manteve-se — ao que tudo indica, por equívoco —, a referência aos supermercados entre as unidades que “não dependerão de assistência técnica e responsabilidade profissional”. Tal circunstância, contudo, não pode se sobrepor à supressão da inciso e do art. 6º, quando da conversão da MP, a expressar inequivocamente a cassação da autorização aos supermercados para que comerciem medicamentos.

3. Pelas razões expostas, acompanho o voto do Relator, Ministro Francisco Falcão, para negar provimento ao recurso especial. É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: Examinei os autos. Estou convencido, do mesmo modo como entenderam os eminentes Ministros Francisco Falcão e Teori Albino, que o art. 6º da Lei n. 5.991, de 17.12.1973, não autoriza os supermercados a procederem à comercialização de medicamentos de qualquer natureza, inclusive os anódinos.

O exercício do poder de polícia questionado visa proteger a saúde pública.

A restrição imposta pela lei não pode ser ampliada pelo Poder Judiciário.

O Estado principiológico defendido por **Norberto Bobbio**, conforme pregado pelo eminente Ministro Luiz Fux, não conduz o Poder Judiciário ao posicionamento de expandir a aplicação da lei para conceber o exercício de atividade econômica sem qualquer controle do Estado, especialmente quando envolve o dever de proteger a saúde.

Na espécie, o controle sanitário exercido pela Lei n. 5.991/1973 determina que a restrição imposta aos supermercados seja obedecida.

Nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 463.335-PR (2002/0118690-7)

Relator: Ministro Luiz Fux

Relator p/ o acórdão: Ministro José Delgado

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Siegfried Antônio Ghilardi Ritta e outros

Recorrida: Cruzada São Sebastião

Advogados: Lenita Beatriz Simionato e outro

EMENTA

Tributário. Contribuição previdenciária. Entidade filantrópica. Isenção. Interpretação restritiva. Condicionamento aos requisitos legais. Recurso especial.

1. Se o contribuinte não deu cumprimento ao comando do art. 55, § 1º, da Lei n. 8.212/1991 em relação aos exercícios de 1997/1998 não reveste a qualidade de “isento”, devendo, pois, pagar as contribuições sociais inadimplidas.

2. Às entidades cabe o cumprimento cumulativo de todos os requisitos legais para que possam usufruir da isenção pleiteada. É do conhecimento médio de quem trilha a seara do Direito Tributário que, relativamente às regras de isenção, a interpretação deve ser literal nos termos do art. 111 do CTN. Saliente-se, outrossim, a precariedade da “isenção” sob comento, ou seja, a entidade encontra-se sujeita à verificação pelo INSS, do cumprimento de todas as condições legais necessárias à outorga ou permanência no gozo da isenção.

3. **In casu**, a recorrida, no período em que as contribuições lhe foram cobradas, não se encontrava amparada pela isenção em face do não-cumprimento do requisito inserto no art. 55, § 1º, da Lei n. 8.212/1991.

4. Recurso especial 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, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, dar provimento ao recurso, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr.

Ministro José Delgado (voto-vista) os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º, segunda parte). Não participou do julgamento a Srª. Ministra Denise Arruda (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator p/ o acórdão

DJ 17.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pelo INSS na forma do art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal contra acórdão do TRF- 4ª Região, que restou assim ementado:

“Tributário. Contribuição previdenciária. Parte patronal. Imunidade. Requerimento administrativo.

1. Caso em que o INSS não nega que a impetrante preenchia os requisitos para gozar da imunidade, apegando-se à falta de requerimento administrativo oportuno.

2. Os certificados de reconhecimento de entidade filantrópica têm natureza declaratória e não constitutiva. Assim, o procedimento do INSS nada mais fez que reconhecer situação pré-existente (inteligência já seguida pelo art. 4º da Lei n. 9.429/1996), razão pela qual impõe-se reconhecer que a impetrante nada deve ao INSS.”

Noticiam os autos que a recorrida Cruzada São Sebastião impetrou mandado de segurança contra ato de gerente do INSS, pretendendo a concessão da segurança, a fim de que fosse declarada a inexigibilidade de contribuições previdenciárias previstas no art. 22, incisos I e II, da Lei n. 8.212/1991, referentes aos exercícios de 1997 e 1998, reconhecendo-se-lhe o direito líquido e certo à isenção, em razão de preencher os requisitos do art. 55 da referida Lei Federal. Requereu, em caso de procedência do pedido que: 1) fosse expedida Certidão Negativa de Débitos; 2) o direito à compensação dos valores correspondentes ou a sua restituição.

A sentença de 1º grau concedeu a segurança, para o fim de declarar a inexigibilidade das contribuições previdenciárias no período de janeiro a dezembro de 1997 e janeiro a dezembro de 1998. Determinou, igualmente, a expedição de certidão descrita no art. 206 do CTN, bem como declarou o direito de a impetrante compensar os valores pagos indevidamente com contribuição devida pela impetrante, incidente sobre a remuneração paga aos seus empregados.

Irresignado, apelou o INSS, aduzindo que o direito ao benefício da isenção só poderia ser reconhecido mediante requerimento próprio para esse fim.

O acórdão, cuja ementa restou transcrita, decidiu nos seguintes termos (fl. 19), **verbis**:

“O INSS não nega que a impetrante preenchia os requisitos para gozar da imunidade. Apega-se à falta de requerimento administrativo oportuno.

Tenho decidido que os certificados de reconhecimento de entidade filantrópica têm natureza declaratória e não constitutiva.

Assim, o procedimento do INSS nada mais fez que reconhecer situação pré-existente (inteligência já seguida pelo art. 4º da Lei n. 9.429, de 26.12.1996: ‘São extintos os créditos decorrentes de contribuições sociais devidas, a partir de 25 de julho de 1981, pelas entidades beneficentes de assistência social que, nesse período, tenham cumprido o disposto no art. 55 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991’), razão pela qual impõe-se reconhecer que a impetrante nada deve ao INSS.”

Contra esse acórdão o INSS interpôs recurso especial. Em suas razões de recorrer, sustenta a Autarquia:

1) Que o acórdão recorrido violou o art. 55 da Lei n. 8.212/1991, ao reconhecer que a empresa recorrida faz *jus* à isenção nele prevista sem que tenha havido o requerimento formal do benefício junto à Autarquia, a quem compete deferir o pedido de isenção;

2) Que o não-atendimento de todos os requisitos cumulativamente, faz com que a entidade deixe de ser isenta das contribuições, tal como ocorreu no caso dos autos;

3) Que se trata de modalidade de isenção condicionada, fazendo-se necessário para seu gozo o pleno atendimento dos requisitos legais, sendo que no presente caso faltou o preenchimento de um desses requisitos, qual seja, o requerimento formal ao INSS;

4) Que o requerimento formal é indispensável, dado que compete à Autarquia verificar periodicamente o preenchimento dos requisitos legais, sob pena de perda da isenção, eis que não há direito adquirido ao gozo do benefício;

5) Assim, não tendo a entidade-recorrida preenchido cumulativamente todas as exigências legais, não faz *jus* à isenção, e por conseguinte, são devidas as contribuições previdenciárias de 1997 e 1998, devendo, por tal razão, ser reformado o acórdão recorrido.

Foram apresentadas contra-razões pela empresa recorrida Cruzada São Sebastião, nas quais sustenta:

1) Que falece à Autarquia recorrente interesse de agir, pois insiste na desmedida exigência de requerimento na esfera administrativa ao mesmo tempo em que reconhece o direito da recorrida, em evidente afronta à Lei Federal n. 9.429/1996 que dispõe sobre a prorrogação de prazo para renovação de Certificado de Entidades Filantrópicas e de recadastramento junto ao Conselho Nacional de Assistência Social;

2) Que a Autarquia, ao rebater as razões do mandado de segurança limitou-se à argumentação da exigência de requerimento formal do benefício;

3) Que a exigência do INSS é abusiva e ilegal, posto que preenche todos os requisitos elencados nos dispositivos do art. 55 da Lei n. 8.212/1991;

4) Que o acórdão recorrido deve ser mantido.

O recurso especial foi admitido por força do agravo de instrumento.

É o relatório.

Tributário. Previdenciário. Entidade filantrópica. Isenção. Certificado de fins filantrópicos.

1. A Lei n. 9.429, de 26.12.1996, teve como escopo manter isenções cassadas por excesso de formalismo. Nesse escopo, estabeleceu: a) a revogação dos “atos cancelatórios e decisões emanadas do Instituto Nacional do Seguro Social — INSS contra instituições que, em 31 de dezembro de 1994, gozavam de isenção de contribuição social, motivados pela apresentação da renovação do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos ou do protocolo de seu pedido” (art. 2º); b) a revogação dos “atos cancelatórios e decisões do INSS contra instituições, motivados pela não-apresentação do pedido de renovação de isenção de contribuição social” (art. 3º); c) a extinção dos “créditos decorrentes de contribuições sociais devidas, a partir de 25 de julho de 1981, pelas entidades beneficentes de assistência social que, nesse período, tenham cumprido o disposto no art. 55 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991” (art. 4º).

2. As entidades beneficentes de assistência social que, em 25 de julho de 1981 cumpriam os requisitos do disposto no art. 55 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, tiveram extintos os créditos decorrentes das contribuições sociais devidas.

3. A Lei n. 9.429/1996 tem caráter de **lex mitior**, porquanto dispõe sobre a prorrogação de prazo para renovação de Certificado de Entidades de Fins Filantrópicos e de recadastramento junto ao Conselho Nacional de Assistência Social — CNAS e sobre a anulação de atos emanados do INSS contra instituições que gozavam de isenção da contribuição social, pela não-apresentação do pedido de renovação do certificado em tempo hábil.

4. Deveras, “com a edição da Lei n. 9.429/1996, foram reabertos os prazos para requerimento da renovação do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos e de recadastramento junto ao Conselho Nacional de Assistência Social — CNAS (art. 1º), sendo revogados os atos cancelatórios e decisões emanadas do INSS contra instituições, motivados pela não-apresentação do pedido de renovação de isenção de contribuição social (art. 3º), bem como extintos os créditos decorrentes de contribuições sociais devidas, a partir de 1981, pelas entidades beneficentes de assistência social que, nesse período, tenham cumprido o disposto no art. 55 da Lei n. 8.212/1991 (art. 5º).

5. É da essência dos precedentes do egrégio STJ repudiar o cancelamento da isenção por mera irregularidade burocrática, nas hipóteses em que não se nega à entidade educacional o atingimento de fins filantrópicos, máxime porque a Carta Federal contempla textualmente a imunidade (REsp n. 251.944-RN e REsp n. 392.025-SC).

6. Recurso especial improvido.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): O recurso merece ser conhecido, porquanto preenche os requisitos de admissibilidade.

No mérito, o ponto fulcral do recurso consiste em esclarecer se a isenção ou imunidade da empresa recorrida, **ex vi** do art. 195, § 7º, da Constituição Federal, em relação às contribuições previdenciárias da parte patronal, deve ser acolhida somente após o reconhecimento formal das exigências legais (art. 55 da Lei n. 8.212), com a protocolização do requerimento da empresa junto ao INSS.

O art. 55 da Lei n. 8.212/1991, a seu turno, prevê:

“Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente:

I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal;

II - seja portadora do Certificado e do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos;

III - promova, gratuitamente e em caráter exclusivo, a assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência;

IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título;

V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais apresentando, anualmente ao órgão do INSS competente, relatório circunstanciado de suas atividades.”

As contribuições a cargo da empresa, destinadas à Seguridade Social, provenientes do faturamento e do lucro, foram disciplinadas na Lei n. 8.212/1991. O art. 55 do referido diploma legal, visando emprestar efetividade ao disposto no § 7º do art. 195 da CF/1988, estabeleceu as exigências que deveriam ser cumpridas para a concessão do benefício de isenção do recolhimento do tributo, dentre as quais inclui-se o Certificado de Registro de Entidade de Fins Filantrópicos.

Deveras, ausentes quaisquer dos requisitos enumerados nos incisos I a V do art. 55 retrotranscrito, exclui-se o direito de isenção das contribuições previdenciárias de que tratam os arts. 22 e 23, das entidades beneficentes de assistência social.

Em 26 de dezembro de 1996, foi editada a Lei n. 9.429/1996 que dispôs sobre a prorrogação do prazo para renovação de Certificado de Entidades de Fins Filantrópicos e de recadastramento junto ao Conselho Nacional de Assistência Social — CNAS e anulação de atos emanados pela autarquia recorrente, fundamentados na ausência de apresentação de referido pedido de renovação, contra instituições que gozavam de isenção, revelando, portanto o seu caráter de **lex mitior**.

O escopo da Lei n. 9.429/1996 foi o de manter as isenções anuladas por excesso de formalismo, uma vez que o art. 1º reabriu o prazo para renovação do pedido do Certificado de Entidades de Fins Filantrópicos; os arts. 2º e 3º determinaram a revogação de atos cancelatórios e o art. 4º extinguiu os créditos tributários referentes às entidades que em 25.07.1981 faziam jus à isenção:

“Art. 1º São reabertos, por cento e oitenta dias após a publicação desta Lei, os prazos para requerimento da renovação do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos e de recadastramento junto ao Conselho Nacional de Assistência Social — CNAS, contemplando as entidades possuidoras deste título e do registro até 24 de julho de 1994.

Art. 2º Revogam-se os atos cancelatórios e decisões emanadas do Instituto Nacional do Seguro Social — INSS contra instituições que, em 31 de dezembro de 1994, gozavam de isenção de contribuição social, motivados pela não-apresentação da renovação do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos ou do protocolo de seu pedido.

Art. 3º São revogados os atos cancelatórios e decisões do INSS contra instituições, motivados pela não-apresentação do pedido de renovação de isenção de contribuição social.

Art. 4º São extintos os créditos decorrentes de contribuições sociais devidas, a partir de 25 de julho de 1981, pelas entidades beneficentes de assistência social que, nesse período, tenham cumprido o disposto no art. 55 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.”

(...)”

In casu, conforme consta do acórdão recorrido (fl. 19), o procedimento do INSS, ora recorrente, nada mais fez que reconhecer situação pré-existente da recorrida ao benefício da isenção pretendida. Não se nega que o Certificado ou o Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Serviço Social, constitui condição **sine qua non** a autorizar a concessão do benefício fiscal relativo à isenção da contribuição previdenciária. Todavia, o caso concreto está a indicar que a própria Autarquia reconheceu o enquadramento da Entidade aos pressupostos legais, não se podendo prestigiar, nesse sentido, o excesso de formalismo.

Ademais, é da essência dos precedentes do egrégio STJ repudiar o cancelamento da isenção por mera irregularidade burocrática, nas hipóteses em que não se nega à entidade educacional o atingimento de fins filantrópicos, máxime porque a Carta Federal contempla textualmente a imunidade.

Neste sentido os seguintes julgados:

“Administrativo. Isenção. Entidade filantrópica. Renovação do certificado.

1. A garantia da isenção é constitucional, endereçada às entidades filantrópicas que atendam às exigências da lei (art. 195, § 7º, da CF/1988).

2. Entidade que, embora atendendo às exigências, requereu a renovação fora dos moldes estabelecidos na Lei n. 8.212/1991.

3. Requerimento que, em atenção à Lei posterior de n. 8.904/1994, art. 3º, encaminhou a renovação à LBA e não ao INSS.

4. Correto proceder pela norma posterior, sem infração à Lei n. 8.212/1991 e seu regulamento.

5. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 251.944-RN, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 27.11.2000)

“Administrativo. Certificado de filantropia. Acréscimo de requisitos.

Se o hospital preenche os requisitos para a obtenção de certificado de finalidade filantrópica, não é lícito exigir-se dele, com base em decreto superveniente, novos requisitos para a renovação do certificado.” (REsp n.

392.025-SC, Relator Ministro Garcia Vieira, Relator p/ o acórdão o Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 16.09.2002)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial interposto.

É como voto.

VOTO-VISTA VENCEDOR

O Sr. Ministro José Delgado: O INSS recorreu de acórdão assim ementado (fl. 20):

“Tributário. Contribuição previdenciária. Parte patronal. Imunidade. Requerimento administrativo.

1. Caso em que o INSS não nega que a impetrante preenchia os requisitos para gozar da imunidade, apegando-se à falta de requerimento administrativo oportuno.

2. Os certificados de reconhecimento de entidade filantrópica têm natureza declaratória e não constitutiva. Assim, o procedimento do INSS nada mais fez que reconhecer situação pré-existente (inteligência já seguida pelo art. 4º da Lei n. 9.429/1996), razão pela qual impõe-se reconhecer que a impetrante nada deve ao INSS.”

O recurso especial foi inadmitido, o que fez gerar o agravo de instrumento que, por decisão monocrática, foi convertido em recurso especial. Este, ao ser julgado, mereceu improvimento por parte do eminente Relator, com base nos fundamentos assim sintetizados:

“Tributário. Previdenciário. Entidade filantrópica. Isenção. Certificado de fins filantrópicos.

1. A Lei n. 9.429, de 26.12.1996, teve como escopo manter isenções cassadas por excesso de formalismo. Nesse escopo, estabeleceu: a) a revogação dos ‘atos cancelatórios e decisões emanadas do Instituto Nacional do Seguro Social — INSS contra instituições que, em 31 de dezembro de 1994, gozavam de isenção de contribuição social, motivados pela apresentação da renovação do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos ou do protocolo de seu pedido’ (art. 2º); b) a revogação dos ‘atos cancelatórios e decisões do INSS contra instituições, motivados pela não-apresentação do pedido de renovação de isenção de contribuição social’ (art. 3º); c) a extinção dos ‘créditos decorrentes de contribuições sociais devidas, a partir de 25 de julho de 1981, pelas entidades beneficentes de assistência social que, nesse período, tenham cumprido o disposto no art. 55 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991’ (art. 4º).

2. As entidades beneficentes de assistência social que, em 25 de julho de 1981 cumpriam os requisitos do disposto no art. 55 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, tiveram extintos os créditos decorrentes das contribuições sociais devidas.

3. A Lei n. 9.429/1996 tem caráter de **lex mitior**, porquanto dispõe sobre a prorrogação de prazo para renovação de Certificado de Entidades de Fins Filantrópicos e de recadastramento junto ao Conselho Nacional de Assistência Social — CNAS e sobre a anulação de atos emanados do INSS contra instituições que gozavam de isenção da contribuição social, pela não-apresentação do pedido de renovação do certificado em tempo hábil.

4. Deveras, ‘com a edição da Lei n. 9.429/1996, foram reabertos os prazos para requerimento da renovação do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos e de recadastramento junto ao Conselho Nacional de Assistência Social — CNAS (art. 1º), sendo revogados os atos cancelatórios e decisões emanadas do INSS contra instituições, motivados pela não-apresentação do pedido de renovação de isenção de contribuição social (art. 3º), bem como extintos os créditos decorrentes de contribuições sociais devidas, a partir de 1981, pelas entidades beneficentes de assistência social que, nesse período, tenham cumprido o disposto no art. 55 da Lei n. 8.212/1991’ (art. 5º).

5. É da essência dos precedentes do egrégio STJ repudiar o cancelamento da isenção por mera irregularidade burocrática, nas hipóteses em que não se nega à entidade educacional o atingimento de fins filantrópicos, máxime porque a Carta Federal contempla textualmente a imunidade (REsp n. 251.944-RN e REsp n. 392.025-SC).

6. Recurso especial improvido.”

Ouso discordar. As regras de isenção tributária recebem, por expressa disposição da lei, interpretação restritiva.

Guardando fidelidade a esse princípio posto no CTN, lei complementar, tenho como procedentes as razões da autarquia recorrente, nos termos que transcrevo (fls. 24/28):

“Estão presentes, na espécie, os pressupostos do recurso especial: a) trata-se de decisão de última instância do TRF da 4ª Região, b) trata-se de decisão que nega a aplicação do art. 55 da Lei n. 8.212/1991, que assim dispõe:

‘Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal;

II - seja portadora do Certificado ou do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Serviço Social — CNSS, renovado a cada 3 (três) anos;

III - promova a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes;

IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título;

V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais, apresentando anualmente ao Conselho Nacional da Seguridade Social relatório circunstanciado de suas atividades.

§ 1^a *Ressalvados os direitos adquiridos, a isenção de que trata este artigo será requerida ao Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, que terá o prazo de 30 (trinta) dias para despachar o pedido.*

§ 2^a *A isenção de que trata este artigo não abrange empresa ou entidade que, tendo personalidade jurídica própria, seja mantida por outra que esteja no exercício da isenção.* (Grifei)

A decisão ora impugnada negou aplicabilidade do art. 55 da Lei n. 8.212/1991, sob o argumento de que a recorrida/embargante é beneficiário da imunidade tributária prevista no § 7^o do art. 195 da Constituição Federal, que, pois o próprio INSS já teria outorgado o benefício em relação aos débitos anteriores a 1997 (em razão da remissão contida na Lei n. 9.429/1996) e, em relação aos débitos posteriores a 1998 (em razão de terem sido cumpridas as exigências do art. 55 da Lei n. 8.212/1991).

Ressalte-se, desde já que, *em se tratando de regras de isenção, a interpretação deve ser literal (art. 111 do CTN), não comportando interpretação extensiva.* Assim, não satisfazendo a exigência legal, não há como ser reconhecida a isenção, na esteira do seguinte precedente:

‘Cabe às entidades filantrópicas o *cumprimento cumulativo* de todas as exigências legais para que possam assegurar o direito à isenção das contribuições previdenciárias devidas ao INSS, nos termos do art. 55 da Lei n. 8.212, de 24.07.1991...’ (TRF-5^a Região, AMS 97.0056137-9, Relator Juiz Rogério Fialho Moreira, DJ 30.01.1998, p. 211)

Pois bem, no presente caso, em relação aos exercícios de 1997/1998, o contribuinte não deu cumprimento ao comando insculpido no § 1º do art. 55 da Lei n. 8.212/1991, isto é, deixou de requerer ao INSS o benefício, a quem compete deferir o pedido. Em razão disso, por haver afronta direta ao texto legal, não há como ser reconhecido o direito em relação àquele período.

Desta forma, sem qualquer razão a entidade recorrida, a respeito de sua natureza de 'entidade isenta' das contribuições sociais. Há que se ressaltar que nada se discute a respeito de seu qualificativo de 'filantrópica' ou não. Na verdade, tal adjetivo não induz, por si só, a isenção. Ser filantrópica é apenas um dos requisitos legais hábeis à isenção.

Ora, uma vez obtido o direito à isenção, por atendimento dos requisitos legais, este não se torna eterno e revestido do qualificativo de 'direito adquirido', como pretende a recorrida. Ao contrário, possui caráter precário, cabendo ao INSS verificar, periodicamente, por determinação legal, se a entidade continua atendendo a todos os requisitos da Lei n. 8.212/1991, art. 55, e demais normas que regem a matéria, caso contrário, estar-se-ia criando um precedente perigoso para a ocorrência de fraudes, uma vez que a decisão recorrida implica implicitamente afastar a competência do INSS para apreciar os pedidos de isenção.

Assim, o não-atendimento de todos os requisitos, cumulativamente, faz com que a entidade deixe de ser isenta das contribuições, tal como ocorreu no caso dos autos, pouco importando se posteriormente a entidade tenha atendido às exigências legais.

Volta a repetir-se que o fato de possuir em data posterior certificados de fins filantrópicos, registros nas repartições competentes, declarações de utilidade pública, não torna a autora, automaticamente, isenta das contribuições sociais.

Em caso análogo ao presente, com muita percuência, a eminente Juíza Luciane do Amaral Corrêa, pronunciando-se no Mandado de Segurança n. 94.0015736-3 em que é impetrante a Sociedade Porvir Científico, decidiu que:

“Também não favorece à impetrante invocar que, em períodos pretéritos, atendeu aos requisitos, cumpriu às exigências e apresentou os relatórios anuais de suas atividades regularmente. Como visto, trata-se de modalidade de isenção condicionada, fazendo-se necessário para seu gozo o pleno atendimento dos requisitos legais. Enquanto permanecerem cumprindo as exigências legais, as instituições serão beneficiadas pela norma. Todavia, no momento em que descumpridos, surge suporte para a imediata perda da isenção. E não há que se falar em direito adquirido à isenção. Não é possível invocar-se direito adquirido contra a Constituição,

ante a prevalência do interesse da coletividade sobre os interesses particulares.

O disposto no § 1º do art. 55 da Lei n. 8.212/1991 não quer significar que aquelas instituições que já gozavam de isenção quando da promulgação da lei têm direito adquirido ao gozo do benefício. Apenas estabelece que estas ficariam dispensadas de novo requerimento, mantendo-se a situação então existente. Mas não quer dizer que a entidade que já gozasse de isenção ficaria dispensada, **ad aeternum**, do cumprimento dos demais requisitos ali previstos.

Sem embargo da importância e relevância dos serviços que a entidade impetrante diz prestar à comunidade, só por ser filantrópica, beneficente, de utilidade pública e assistencial não decorre automaticamente a isenção da quota patronal. *Necessário o atendimento de todos os requisitos legais para que possa gozar do benefício fiscal.* (...) (grifei)

Os ensinamentos que podem ser colhidos nessa r. decisão, também retratam com fidelidade a presente situação.

A confortar ainda mais a tese da autarquia recorrente, é iterativa a jurisprudência emanada dos Tribunais pátrios, conforme, a título de preenchimento dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, passa-se a transcrever as seguintes decisões:

Documento: TR3000020503

Origem:

Tribunal: TR3 Acórdão RIP:

00000000 Decisão: 12.04.1994

PROC: Ac n. 03031529 ano: 89

UF: SP Turma 02 Região: 03

Apelação cível

Fonte;

Publicação: DJ data: 11.05.1994, p. 21.867

Ementa:

Execução fiscal. Embargos de devedor. Isenção. Entidade de utilidade pública.

I - Se o legislador, ao reger a concessão de isenção previdenciária, atribui-a aos detentores de 'Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos',

expedido pelo Conselho Nacional de Serviço Social, não supre tal documento o mero atestado de registro naquele órgão.

II - Para ter reconhecido o direito à isenção não basta ser de utilidade pública. É preciso, além de outros requisitos, deter o Certificado exigido na Lei.

III - Recurso provido.

Relator:

Juiz: 353 — Juiz Fauzi Achoa (Substituto)

Decisão:

Por votação unânime, dar provimento ao recurso'. (Grifamos)

Assim, não tendo a entidade-recorrida preenchido cumulativamente todas as exigências legais, não faz jus à isenção, e por conseguinte, são devidas as contribuições previdenciárias de 1997 e 1998, devendo, por tal razão, ser reformado o r. acórdão atacado.

Demonstrado ficou que a decisão recorrida negou vigência ao art. 55, § 1º, da Lei n. 8.212/1991”.

Em síntese:

a) a recorrida, no período em que as contribuições lhe estão sendo cobradas, não estava amparada pela isenção, haja vista não ter cumprido o exigido pelo § 1º do art. 55 da Lei n. 8.212/1991, isto é, não requereu ao INSS o mencionado benefício fiscal;

b) o nosso ordenamento jurídico tributário repele isenção vitalícia, bem como a concedida, via decisão jurisprudencial, por aplicação de interpretação extensiva.

Dou provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trata-se de recurso especial apresentado pelo INSS, com amparo na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do TRF da 4ª Região que, afirmando a natureza declaratória do certificado de entidade filantrópica, reconheceu à autora o direito à isenção do pagamento da contribuição previdenciária, mesmo diante da falta do requerimento administrativo do benefício, relativamente ao período 1997/1998.

Sob alegação de ofensa ao art. 55 da Lei n. 8.212/1991, pretende a autarquia a afirmação de que a entidade não faz jus à isenção, sendo devidas, portanto, as

contribuições. Alega que o não-atendimento a qualquer dos requisitos elencados no citado dispositivo — no caso, o seu requerimento formal ao INSS — impede a obtenção do benefício, cuja concessão compete à autarquia e subordina-se à verificação periódica da satisfação das condições legais, tendo, portanto, caráter precário.

Em contra-razões, a recorrida aduz, fundamentalmente, ser desmedida a exigência do INSS quanto ao requerimento na esfera administrativa, invocando a inteligência do disposto nos arts. 2º a 6º da Lei n. 9.429/1996. Afirma ter direito adquirido à isenção, em razão do atendimento dos requisitos postos no art. 55 da Lei n. 8.212/1991.

O Relator, Ministro Luiz Fux, negou provimento ao recurso especial, à consideração de que, a despeito de estar a concessão da isenção subordinada à satisfação da totalidade dos requisitos do art. 55 da Lei n. 8.212/1991, a) a Lei n. 9.429/1996, cujo escopo foi o de manter as isenções anuladas por excesso de formalismo, reabriu prazo para a renovação dos certificados, determinando a revogação dos atos cancelatórios e, ainda, a extinção dos créditos tributários devidos a partir de 25.07.1981 pelas entidades que, no período, tenham cumprido o disposto no citado art. 55; b) o INSS reconhece o enquadramento da autora nos demais requisitos legais; c) a jurisprudência do STJ inclina-se no sentido de repudiar o cancelamento da isenção por mera irregularidade burocrática, sempre que reconhecido o caráter filantrópico da instituição.

Em voto-*vista*, o Ministro José Delgado deu provimento ao apelo, entendendo que a) as regras de isenção tributária, por expressa determinação legal, devem receber interpretação restritiva; b) a recorrida, relativamente ao período 1997-1998, não estava amparada pela isenção, por não ter requerido o benefício ao INSS, como exige o § 1º do art. 55 da Lei n. 8.212/1991; c) o ordenamento tributário repele isenção vitalícia ou concedida judicialmente por meio de interpretação extensiva de lei.

Pedi vista.

2. O voto do Relator baseou-se na Lei n. 9.429/1996, a qual, contudo, é inaplicável ao caso em tela. O art. 4º da referida lei determina serem “extintos os créditos decorrentes de contribuições sociais devidas, a partir de 25 de julho de 1981, pelas entidades beneficentes de assistência social que, nesse período, tenham cumprido o disposto no art. 55 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991”. A inaplicabilidade da norma resulta do fato de se referirem os valores ora exigidos pelo INSS ao período de janeiro/1997 a dezembro/1998 (fl. 33), sendo impossível, por consequência, que lei de 26.12.1996 — anterior à constituição dos débitos — disponha sobre sua extinção.

Não há dúvida, portanto, conforme asseverou o Ministro Delgado no voto-*vista*, de que a impetrante deve se submeter às sucessivas inovações legais relativas

aos requisitos para o gozo da isenção da contribuição previdenciária, entre as quais as de natureza formal, como o seu requerimento ao INSS (art. 55, § 1º, da Lei n. 8.212/1991) — exigência essa que a autora reconhecidamente não satisfaz (fl. 34).

3. Pelas razões expostas, com a devida vênia do Relator, acompanho o Ministro José Delgado, votando pelo provimento do recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 474.748-SP (2002/0136439-0)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Oficina do Artesão Ltda

Advogados: Tatiana Soares de Azevedo e outros

Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Amélia Nobuko Kasai e outros

EMENTA

Tributário. Execução fiscal. Substituição de bem penhorado por imóvel. Inviabilidade. Art. 15, inciso I, da Lei n. 6.830/1980. Construção sobre créditos. Possibilidade.

I - Realizada a penhora sobre créditos vencidos, somente pode haver substituição, independentemente da anuência do exequente, por dinheiro ou fiança bancária. Inteligência do art. 15, inciso I, da Lei n. 6.830/1980. Precedentes: AgRg no REsp n. 331.242-SP, Relator Ministro Castro Meira, DJ 20.10.2003; e REsp n. 446.028-RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 03.02.2003.

II - Sendo assim, não tendo o pedido de substituição sido aceito pela exequente e não se enquadrando na previsão legal, deve ser mantida a construção sobre os bens do ativo fixo da empresa.

III - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, retificando decisão proferida em sessão do dia 09.11.2004, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar 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), 07 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 14.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto por Oficina do Artesão Ltda, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado, **verbis**:

“Execução fiscal. Pedido de substituição pela devedora de bens penhorados. Direito previsto no art. 15 da LEEF desde que o seja por dinheiro ou fiança bancária. Discordância da Fazenda. Cabimento. Troca por ponto comercial localizado em centro de compras, que não atende à conveniência da credora. Recurso improvido” (fl. 209).

Naquele julgamento, o Tribunal **a quo** julgou improcedente o agravo de instrumento interposto pela ora recorrente, entendendo incabível a substituição da penhora de bens do ativo fixo da empresa por imóvel de sua propriedade.

Sustenta a recorrente violação aos arts. 15, inciso I, da Lei n. 6.830/1980, e 620 do CPC, bem como divergência jurisprudencial, aduzindo, em síntese, que é cabível a penhora sobre ponto comercial, admitindo-se a substituição dos bens já penhorados por aquele. Defende a ilegalidade da constrição sobre os bens do ativo fixo da empresa. Alega que deve-se atender ao princípio da menor onerosidade ao devedor.

Instado, o douto representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo não-conhecimento e, ultrapassado este óbice, pelo improvimento do recurso. (fls. 375/381)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do presente recurso especial.

No presente caso, foi feita a penhora sobre bens do ativo fixo da empresa.

Requerida a substituição da aludida penhora por bem imóvel, a exeqüente rejeitou-a, tendo sido o pedido posteriormente indeferido pelo julgador singular.

Com efeito, conforme o art. 15, inciso I, da LEF, quando se tratar de substituição da penhora por dinheiro ou fiança bancária, cabe ao juiz somente a deferir, independentemente da anuência do exeqüente. No entanto, tratando a hipótese de substituição da penhora por outro bem que não aqueles previstos no inciso I, é imprescindível a concordância expressa do exeqüente, o que não ocorreu nestes autos.

No mesmo diapasão, destaco os seguintes precedentes, **verbis**:

“Processual Civil. Agravo regimental. Execução fiscal. Bem oferecido à penhora. Substituição. Dinheiro ou fiança bancária. Art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980. Execução fiscal.

1. Só se admite a substituição de bens nomeados à penhora em execução fiscal por dinheiro ou fiança bancária — art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980. Preclusão consumativa.

2. Agravo provido” (AgRg no REsp n. 331.242-SP, Relator Ministro Castro Meira, DJ 20.10.2003, p. 243).

“Processual Civil. Execução fiscal. Princípio da execução menos gravosa. Inaplicabilidade. Bem oferecido à penhora. Substituição. Dinheiro ou fiança bancária. Art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980. Execução fiscal.

1. O executado, após oferecer bem à penhora, somente pode substituí-lo por dinheiro ou fiança bancária (art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980). Preclusão consumativa.

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

3. Precedente.

4. Recurso parcialmente conhecido, e, nesta parte, provido” (REsp n. 446.028-RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 03.02.2003, p. 287).

Nesse panorama, não tendo o pedido de substituição sido aceito pela exeqüente e não se tratando de substituição idônea, eis que não enquadrada na previsão legal, deve ser mantida a constrição sobre os bens do ativo fixo da empresa.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 533.045-SP (2003/0074462-9)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrentes: Associação Paulista de Educação e Cultura — Apec

Advogados: Fabrício Kodama Uemura e outro

Recorrida: Maria Delma Santos Souza

Advogado: Valdivino Alves

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Ensino superior. Instituição particular. Inadimplência. Renovação de matrícula. Arts. 5^ª e 6^ª da Lei n. 9.870/1999. Exegese. Provimento liminar. Teoria do fato consumado.

1. Dispõem os arts. 5^ª e 6^ª da Lei n. 9.870/1999, **verbis**:

“Art. 5^ª Os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual.

Art. 6^ª São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.”

2. A exegese dos dispositivos legais supramencionados revela a proibição da aplicação de penalidades pedagógicas, tais como a suspensão de provas escolares ou retenção de documentos escolares, inclusive, para efeitos de transferência para outra instituição de ensino, em decorrência do inadimplemento das mensalidades escolares.

3. Com efeito, inobstante a proibição da aplicação de penalidade como forma de coibir o aluno ao pagamento da mensalidade escolar, o legislador, objetivando impedir abusos e preservar a viabilidade financeira das instituições particulares de ensino, excluiu do direito à renovação da matrícula ou rematrícula dos alunos inadimplentes.

4. Ademais, **in casu**, o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela foi concedido pelo provimento do agravo de instrumento cujo julgamento se deu em 06.11.2001, e a publicação em 23.11.2001, tendo, consoante informações prestadas à fl. 242, efetivado a renovação de sua matrícula no último semestre do Curso de Enfermagem tendo já concluído o mesmo.

5. Em tendo sido consumada a matrícula naquela oportunidade, a Recorrente permaneceu no curso, concluindo as matérias subseqüentes e colando grau, pelo que se impõe a teoria do fato consumado consagrada pela jurisprudência maciça do egrégio STJ; senão vejamos:

6. As situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Teoria do fato consumado. Precedentes da Corte: REsp n. 253.094-RN, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 24.09.2001; MC n. 2.766-PI, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 27.08.2001; REsp n. 251.945-RN, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 05.03.2001.

7. 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 07 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

DJ 27.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pela Associação Paulista de Educação e Cultura — Apec, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo 1ª Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Antecipação da tutela. Ação de preceito cominatório. Ajuizamento por aluno de escola de 3ª grau para garantir a matrícula no ano letivo malgrado a

mora no pagamento de prestações do ano letivo anterior. Impossibilidade de a escola recusar a matrícula e considerar rescindido o contrato de prestação de serviços educacionais. Antecipação concedida. Recurso provido.”

Noticiam os autos que Maria Delma Santos Souza ajuizou ação de obrigação de Fazer, com pedido de tutela antecipada, contra ato de contrição praticado pela Associação Paulista de Educação e Cultura, mantenedora da Universidade de Guarulhos, objetivando a efetivação de sua matrícula no segundo semestre do último ano letivo do Curso de Enfermagem, independentemente do pagamento das mensalidades atrasadas relativas ao semestre anterior.

O Juiz Singular indeferiu o pedido liminar, sob os seguintes fundamentos:

“Não vislumbro os requisitos autorizadores para concessão dos pedidos formulados na petição inicial no sentido de compelir a ré a efetuar a matrícula da autora, bem como para que receba nestes autos o valor mencionado. Primeiro, porque há confissão de débito e não há, ao menos por ora, como se compelir a prestação de serviço sem que haja a contraprestação. Segundo, porque a pretensão de efetuar o depósito das mensalidades em atraso não se compatibiliza com a demanda escolhida. Anoto, desde logo, que esta via não se mostra adequada, já que há meio próprio para tal providência, não se permitindo a utilização da obrigação de fazer como sucedâneo de ação consignatória.” (Fl. 4)

Irresignada, a autora interpôs agravo de instrumento, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade, dado provimento ao recurso, nos termos da ementa supratranscrita.

Na presente irrisignação especial, a instituição de ensino recorrente aponta a violação ao disposto nos seguintes dispositivos legais:

Da Medida Provisória n. 2.173-24, de 23 de agosto de 2001:

“Art. 2º O art. 6º da Lei n. 9.870, de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte § 1º, renumerando-se os atuais §§ 1º, 2º e 3º para §§ 2º, 3º e 4º:

‘§ 1º O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral.’

Da Lei n. 9.870, de 23 de novembro de 1999:

“Art. 5º Os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual.”

Sustenta, em síntese, que, ao contrário do consignado pelo Tribunal **a quo**, a recorrida, por ser inadimplente, não tem direito à matrícula seqüencial, consoante previsto em referidos dispositivos legais, aduzindo, ainda, que “o legislador não distinguiu eventual ‘inadimplência relativa’ ou ‘inadimplência absoluta’...” motivo pelo “se a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir”.

Ainda, aponta dissídio jurisprudencial com julgados de outros Tribunais pátrios.

Sem contra-razões (fl. 216), o recurso especial foi inadmitido pelo Tribunal **a quo**, consoante despacho de fls. 218/219. Interposto agravo de instrumento (autos em apenso) a eminente Ministra Nancy Andrighi determinou a subida do apelo extremo para melhor exame e, em despacho de fl. 234, dos presentes autos, declinou de sua competência para a Primeira Seção desta Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, verifica-se que a matéria federal restou devidamente prequestionada, bem como, foi demonstrado o dissídio jurisprudencial, nos moldes exigidos pelo art. 255 do RISTJ, motivo pelo qual merece ser conhecido o presente recurso especial.

Versam os autos, originariamente, de agravo de instrumento interposto por Maria Delma Santos Souza contra decisão que indeferiu pedido de tutela antecipada em que objetivava a efetivação de sua rematrícula no segundo semestre do último ano letivo do Curso de Enfermagem, independentemente do pagamento das mensalidades atrasadas relativas ao semestre anterior.

Dispõem os arts. 5º e 6º da Lei n. 9.870/1999, **verbis**:

“Art. 5º Os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual.

Art. 6º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.”

A exegese dos dispositivos legais supramencionados revela a proibição da aplicação de penalidades pedagógicas, tais como a suspensão de provas escolares ou retenção

de documentos escolares, inclusive, para efeitos de transferência para outra instituição de ensino, em decorrência do inadimplemento das mensalidades escolares.

Com efeito, não obstante a proibição da aplicação de penalidade como forma de coibir o aluno ao pagamento da mensalidade escolar, o legislador, objetivando impedir abusos e preservar a viabilidade financeira das instituições particulares de ensino, excluiu do direito à renovação da matrícula ou rematrícula os alunos inadimplentes.

Sobre o **thema decidendum** destaque-se, pela juridicidade de suas razões, os fundamentos desenvolvidos pelo Ministro Castro Meira no voto condutor do REsp n. 601.499-RN, publicado no DJ 16.08.2004, **litteris**:

“A Constituição Federal afirma ser o ensino livre à iniciativa privada (art. 209) e que as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial (art. 207), sendo gratuito o ensino público em estabelecimentos oficiais.

Assim, não se confundem a iniciativa privada e a iniciativa pública na educação.

O regime geral da iniciativa privada, salvo o caso das entidades assistenciais, caracteriza-se pela exigência do pagamento da prestação de serviços educacionais pelo estudante, tratando-se de contrato oneroso, ou seja, o estudante deve cumprir com os pagamentos para continuar a receber os serviços.

Os arts. 5º e 6º da Lei n. 9.870, de 23 de novembro de 1999, por sua vez, determinam:

‘Art. 5º Os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das rematrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual.

Art. 6º São proibidas a suspensão de provas escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivos de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 10.092 do Código Civil brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.’

Como se observa da redação dos citados dispositivos, a regra geral é de que inadimplemento do pagamento das prestações escolares pelos alunos não pode gerar a aplicação de penalidades pedagógicas, tais como a suspensão de provas escolares ou retenção de documentos escolares, inclusive para efeitos de transferência a outra instituição de ensino.

Entretanto, com o objetivo de impedir abusos e de preservar a viabilidade financeira das instituições particulares de ensino, excluiu do direito à renovação da matrícula (rematrícula), aos alunos inadimplentes.

Com isso, a rematrícula está assegurada apenas para os alunos adimplentes. Não se pode olvidar a necessidade de uma contraprestação às instituições particulares pelo ensino ministrado. De outro modo, haveria enriquecimento indevido e incentivo ao descumprimento da obrigação financeira por parte dos estudantes e de suas famílias, com graves conseqüências para a própria manutenção da instituição e do próprio sistema.

Dessa forma, nenhuma norma é descumprida caso a universidade particular resolva não mais prestar serviços educacionais ao estudante que não dá cumprimento à obrigação que decorre de relação contratual.

Todavia, decidiu com acerto o Tribunal **a quo** ao aplicar ao presente caso a teoria do fato consumado:

‘Não obstante, considerando que o pedido do **mandamus** restringiu-se à efetivação da matrícula no 1º semestre do ano de 2001 e que a concessão da segurança possibilitou a conclusão do referido período letivo, consolidada restou a situação fática que, por isso, deve ser preservada’ (fl. 123).

Não há reparo a ser feito no acórdão impugnado.”

Ademais, **in casu**, o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela foi concedido pelo provimento do agravo de instrumento cujo julgamento se deu em 06.11.2001, e a publicação em 23.11.2001, tendo, consoante informações prestadas à fl. 242, efetivado a renovação de sua matrícula no último semestre do Curso de Enfermagem tendo já concluído o mesmo.

Em tendo sido consumada a matrícula naquela oportunidade, a Recorrente permaneceu no curso, concluindo as matérias subseqüentes e colando grau, pelo que se impõe a teoria do fato consumado consagrada pela jurisprudência maciça do egrégio STJ; senão vejamos:

“Administrativo. Ensino superior. Aprovação em vestibular antes da conclusão do 2º grau. Matrícula. Teoria do fato consumado.

1. As situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Teoria do fato consumado. Precedentes da Corte.

2. Discussão acerca da matrícula em curso superior na hipótese de ausência de conclusão do 2º grau à época, cujo direito de matrícula foi assegurado por força de liminar. Situação consolidada. 2º grau concluído.

3. Recurso especial provido.” (REsp n. 584.457-DF, desta relatoria, DJ 31.05.2004)

“Administrativo. Ensino superior. Instituição particular. Inadimplência. Impossibilidade de renovação de matrícula.

1. O art. 5º da Lei n. 9.870/1999, ao assegurar o direito da rematrícula aos alunos matriculados em determinada instituição de ensino, exclui os inadimplentes.

2. Dessa forma, nenhuma norma é descumprida caso a universidade particular resolva não mais prestar serviços educacionais aos estudantes em tal situação, uma vez que decorre de relação contratual.

3. Decidiu com acerto o Tribunal **a quo** ao aplicar ao presente caso a teoria do fato consumado.

4. Recurso especial improvido.” (REsp n. 601.499-RN, Relator Ministro Castro Meira, DJ 16.08.2004)

“Administrativo. Ensino superior. Estudante. Aluno inadimplente. Comprovação da quitação da dívida. Renovação de matrícula. Situação fática consolidada por decisão judicial. Precedentes.

1. Acórdão **a quo** que garantiu à recorrida o direito à renovação de matrícula em universidade, ao entendimento de que ‘não se deve privar a aluna de continuar seus estudos, condicionando a renovação de matrícula ao pagamento das mensalidades atrasadas. Na hipótese, o pagamento em atraso foi realizado e comprovado nos autos, à exceção da antecipação da primeira parcela exigida, do novo semestre’.

2. Liminar concedida há mais de 3 (três) anos, determinando a transferência pleiteada, sem nunca ter sido a mesma cassada e que, pelo decorrer normal do tempo, a recorrida já deve ter concluído o curso de Educação Artística (Licenciatura) ou está em vias de, o que implica o reconhecimento da ocorrência da teoria do fato consumado, aplicável ao caso em apreço.

3. Não podem os jurisdicionados sofrer com as decisões colocadas à apreciação do Poder Judiciário, em se tratando de uma situação fática consolidada pelo lapso temporal, face à morosidade dos trâmites processuais.

4. Reformando-se o acórdão objurgado neste momento, estar-se-ia corroborando para o retrocesso na educação dos alunos, **in casu**, uma acadêmica que foi matriculada sob a proteção do Poder Judiciário, com o seu curso já finalizado, ou prestes a terminá-lo. Em assim acontecendo, a impetrante estaria perdendo anos de sua vida frequentando um curso que nada lhe valia no

âmbito universitário e profissional, visto que cassada tal freqüência. Ao mais, ressalte-se que a mantença da decisão **a quo** não resultaria qualquer prejuízo a terceiros, o que é de bom alvitre.

5. Cabe ao juiz analisar e julgar a lide conforme os acontecimentos passados e futuros. Não deve ele ficar adstrito aos fatos técnicos constantes dos autos, e sim aos fatos sociais que possam advir de sua decisão. Precedentes desta Casa Julgadora.

6. Recurso especial não provido, em face da situação fática consolidada.” (REsp n. 611.394-RN, Relator Ministro José Delgado, DJ 31.05.2004)

Ex positis, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 642.718-PE (2004/0031438-3)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Usina Bom Jesus S/A

Advogados: Marco Túlio Caraciolo Albuquerque e outros

Recorrida: União

EMENTA

Processo Civil. Administrativo. Econômico. Intervenção do Estado no domínio econômico. Controle de preços para o setor sucro-alcooleiro (Lei n. 4.870/1965). Subsídio de equalização do preço do açúcar. Extinção pela Lei n. 8.393/1991. Direito a crédito presumido do IPI concedido pela Lei n. 9.532/1997 com o intuito de compensar/equalizar os custos de produção entre o Centro-Sul e o Norte-Nordeste do País. Indenização. Súmula n. 7-STJ.

1. Demanda gravitante em torno do direito de indenização de empresa agroindustrial, localizada no Nordeste do País, que, mesmo após a extinção do subsídio de equalização de preços, continuou sendo obrigada ao pagamento de sobrepreço na aquisição de cana-de-açúcar de seus fornecedores.

2. A Lei n. 9.532/1997 conferiu direito a crédito presumido aos estabelecimentos produtores de açúcar de cana, localizados nos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo e em Estados das Regiões Norte e

Nordeste, calculado com base em percentual, fixado pelo Poder Executivo em virtude do diferencial de custo da cana-de-açúcar entre as regiões produtoras do País, a ser aplicado sobre o valor do produto saído do estabelecimento e compensado com o IPI devido nas saídas de açúcar.

3. A inferição de potencial existência de prejuízos às usinas açucareiras das Regiões Norte e Nordeste, em virtude da manutenção da política de preço unificado do açúcar mesmo após a extinção dos subsídios legais, não exclui a necessidade dessa conclusão importar em revolvimento do contexto fático-probatório para aferir a alegada inocuidade do mecanismo adotado pela Administração Pública com o intuito de compensar/equalizar os custos de produção entre o Centro-Sul e o Norte-Nordeste do País, atraindo a incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

4. Deveras, a intervenção do Estado no domínio econômico somente enseja responsabilização do Poder Estatal quando atenta contra a legalidade e desvia-se da normação engendrada.

5. Consectariamente, não é lícito ao Judiciário syndicar política econômica a pretexto de enxergar “injustiça econômica”, porquanto a isso equivaleria invadir a “reserva política do Poder”.

6. A lei que, **ad argumentandum tantum**, se indica como ensejadora de desigualdades, deve ser argüida de inconstitucional pelo malferimento da cláusula pétrea isonômica e pela transgressão aos princípios da Federação quando desigual Estados-Membros.

7. Recurso especial não conhecido, quer pela Súmula n. 7 desta Corte, quer pelo enfoque constitucional.

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 do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Assistiu ao julgamento a Dr^a. Ana Valéria de Andrade Rabelo, pela parte recorrida: União.

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

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por Usina Bom Jesus S/A, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, por maioria, acolheu parcialmente preliminar de prescrição e, no mérito, por unanimidade, deu provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“Apelação e remessa **ex officio**. Subsídio de equalização do preço do açúcar. Extinção pela Lei n. 8.393/1991. Ausência de responsabilidade estatal. Provimento.

I - Sem embargo da União Federal, ao executar sua política de gestão de preços no campo sucro-alcooleiro, continuar a fixar o preço da matéria-prima nas Regiões Norte e Nordeste em valores superiores aos estabelecidos para o Centro/Sul, mesmo depois da extinção do subsídio da equalização pelo art. 1º da Lei n. 8.393/1991, *resta afastada a responsabilidade estatal, quer em face de o art. 2º do referido diploma haver isentado o açúcar, produzido no Norte e no Nordeste, do recolhimento do IPI, incidente sobre o preço de saída do produto do estabelecimento industrial, quer pela circunstância de que a diferença de preço da tonelada da cana-de-açúcar entre tais regiões não ser elevada, de forma a não interferir excessivamente na lucratividade dos fabricantes afetados pela medida estatal.*

II - Remessa oficial e apelação providas.” (grifo nosso)

Opostos embargos de declaração pela empresa, restaram os mesmos desprovidos, por não terem sido vislumbrados os vícios apontados.

Noticiam os autos que a Usina Bom Jesus S/A, empresa agroindustrial, ajuizou ação ordinária, pleiteando indenização por perdas e danos contra a União, sucessora do extinto Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA, sob os seguintes fundamentos: 1) a autora explora atividades econômicas no setor de agroindústria sucro-alcooleira, plantando e colhendo cana-de-açúcar em suas terras, transportando e processando o produto da colheita, além de adquirir de terceiros, seus fornecedores a cana-de-açúcar, como matéria-prima, na fabricação de açúcar, álcool e seus derivados; 2) diante dos problemas que adviriam da adoção de preços distintos do açúcar para cada Região, em face da diferença entre os custos de produção de cana-de-açúcar nos Estados da Região Nordeste e os do Centro-Sul, o Governo Federal, por intermédio do IAA, adotou uma política de preço nacional para o açúcar, instituindo um fundo de equalização de preços (art. 13 da Lei n. 4.870/1965), com base no qual as usinas de açúcar adquiriam cana-de-açúcar de seus fornecedores por um preço

superior ao pago pelas usinas da Região Sudeste, não obstante devessem vender o açúcar e o álcool produzidos pelo mesmo preço da média nacional, sendo, no entanto, ressarcidas pelo subsídio de equalização de preços proveniente do fundo retrocitado; 3) com a extinção dos subsídios de equalização de custos de produção de açúcar pela Lei n. 8.393/1991, deixou a Usina de ser ressarcida pelo sobrepreço pago aos fornecedores de cana-de-açúcar no período de janeiro de 1992 a outubro de 1998, o que lhe causou sérios prejuízos que devem ser reparados pela União.

Sustentou a ora recorrente, na inicial, que “os pagamentos feitos pela União à autora por conta do Programa de Equalização não se tratavam de benesse, benefício ou favor a ela autora (o era para seus fornecedores), mas, sim, o reembolso, a devolução do valor que a União obrigou a autora a pagar a mais pela cana-de-açúcar”. E continuava, argumentando que “se a União continuou a obrigar a autora a pagar tal sobrepreço pela cana adquirida de seus fornecedores, teria que continuar a reembolsá-la desse sobrepreço”. Por fim, ressaltou que seu pleito não abrangia o ressarcimento do sobrepreço pago pela cana-de-açúcar de seus fornecedores *utilizada para a produção de álcool*, “uma vez que esse produto gozou de subsídio governamental durante o referido período”.

A Advocacia Geral da União apresentou contestação, na qual asseverava que a Lei n. 8.393/1991, além de extinguir os subsídios de equalização de custos de produção de açúcar, assegurou isenção do IPI para as saídas de açúcar ocorridas na área de atuação da Sudene e da Sudam, enquanto perdurasse a política de preço nacional unificado de açúcar de cana. Sustentava que “em virtude da publicação do Decreto n. 420, de 13.01.1992, relacionado com o disposto no art. 2º da Lei n. 8.393 (...), após divulgados os preços da cana e do açúcar pela Portaria MF n. 3, de 03.01.1992, o Ministério da Fazenda fez publicar nova Portaria, de n. 4, datada de 14.01.1992, em cujo art. 2º, § 3º, (...), *evidencia a utilização do IPI como mecanismo de compensação/equalização dos custos de produção entre o Centro-Sul e Norte/Nordeste*” (grifo nosso). Segundo a AGU, no anexo à Portaria n. 4, introduziu-se o item Valor Agregado ao Produto Industrial, que refletia a definição do preço do açúcar a partir das Regiões de maior custo (Norte/Nordeste) e promovia a equalização do preço final via incidência ou isenção do IPI. Por fim, assinalou que, com a edição da Lei n. 9.532/1997, foi revogado o art. 2º da Lei n. 8.393/1991, tendo sido, todavia, implantado o crédito presumido de IPI para o açúcar (Lei n. 9.532/1997 e Decreto n. 2.501/1998).

A Justiça Federal de 1ª instância julgou procedente o pedido, vislumbrando enriquecimento indevido da União, condenando-a a indenizar a empresa autora dos prejuízos sofridos em decorrência da extinção do subsídio de equalização da cana-de-açúcar, no período de janeiro de 1992 a outubro de 1998.

Em sede de apelação, sustentou a União que a empresa não demonstrara os prejuízos sofridos, uma vez que não juntara aos autos os balanços referentes ao período dos danos patrimoniais alegados. Aduziu ainda que os arts. 2^a da Lei n. 8.393/1991, e 42 da Lei n. 9.532/1997, previram mecanismo de compensação/equalização dos custos de produção entre o Centro/Sul e Norte/Nordeste, mediante isenção (Lei n. 8.393/1991) e crédito presumido do IPI (Lei n. 9.532/1997). Alegou que “o prejuízo alegado pela apelada/autora, somente teria ocorrido na hipótese de sonegação contumaz do recolhimento do IPI, faltando com sua obrigação para com o Fisco (situação que teria tornado sem efeito o mecanismo de isenção ou de crédito presumido do IPI), o que não se pode admitir, sobretudo, em instância jurídica, na qual se prima pela lisura comportamental na relação entre as partes, buscando sempre assegurar os direitos e obrigações de cada ente envolvido”.

O Tribunal de origem julgou improcedente o pedido de indenização, tecendo as seguintes considerações:

“Em primeiro lugar, mister faz-se assentar que, ao intervir sobre a economia, o Estado não pode agir ilimitadamente, ainda que o faça com base em norma legal. Isto porque a Constituição Federal não descurou de proteger a liberdade de iniciativa, erigida como pilastra de nossa ordem econômica e financeira (art. 170, **caput**).

Desse modo, a atuação estatal não poderá privar o empresário do direito de obter lucros, embora possa limitar o montante deste em prol da justiça social. Nesse sentido, estudo que levei a cabo sobre o assunto, analisando o posicionamento da doutrina e jurisprudência (“Intervenção Estatal sobre o Domínio Econômico, Livre Iniciativa e Proporcionalidade: Céleres Considerações”. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 224, pp. 285/299, abr.-jun. 2001).

In casu, as usinas do Norte e Nordeste eram obrigadas a pagar a tonelada de cana-de-açúcar aos produtores em valor superior aos praticados na Região Centro/Sul, conforme imposição governamental.

Considerando-se que os industriais do Norte e Nordeste, também por determinação do governo, deveriam vender o produto final com base em preço nacionalmente unificado, o que lhes traria prejuízos, foi instituído o subsídio de equalização, previsto no art. 13 da Lei n. 4.870/1965.

O art. 1^a da Lei n. 8.393, de 30.12.1991, extinguiu tal subsídio. Não obstante, continuou a Administração, no exercício de sua política de dirigista no setor, a determinar às usinas das Regiões Norte e Nordeste a aquisição da tonelada da matéria-prima aos plantadores por preço superior ao praticado no Centro/Sul.

Tal circunstância é suficiente para empenhar a responsabilidade do Estado? Penso que não.

Isso porque, para compensar a perda do subsídio, o art. 2º da Lei n. 8.393/1991 isentou os industriais do Norte e do Nordeste de recolher o IPI, incidente sobre o preço de saída do produto do estabelecimento, o qual era o preço fixado de forma uniforme para todo o País.

A partir de 10.12.1997, com a revogação do art. 2º da Lei n. 8.393/1991, a Lei n. 9.532, no seu art. 42, estatuiu o seguinte benefício:

‘Art 42. Os estabelecimentos produtores de açúcar de cana, localizados nos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo e em Estados das Regiões Norte e Nordeste, terão direito a crédito presumido, calculado com base em percentual, fixado pelo Poder Executivo em virtude do diferencial de custo da cana-de-açúcar entre as regiões produtoras do País, a ser aplicado sobre o valor do produto saído do estabelecimento e compensado com o IPI devido nas saídas de açúcar.

Parágrafo único. A utilização de crédito presumido, calculado em desacordo com a legislação, configura redução indevida do IPI, sujeitando o infrator às penalidades previstas na legislação aplicável’.

A outorga de compensação, de caráter fiscal, aos usineiros do Norte e Nordeste pela extinção da equalização pode ser bem visualizada em decisão da Terceira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao prover a REO n. 118.785-MG (ac. un., Relator Juiz Vicente Leal, DJ - II de 25.08.1994, p. 45.874), sede onde industrial do Sudeste teve negada a extensão da isenção do IPI, prevista no art. 2º da Lei n. 8.393/1991, sob o entendimento de não restar ofendida a isonomia, uma vez cogitar-se da utilização do tributo para fins extrafiscais, justamente para compensar a supressão da equalização de custos.

Dáí se infere que a concessão do pedido deveria, no mínimo, estar condicionada à dedução dos valores inerentes aos incentivos fiscais, instituídos pelo art. 2º da Lei n. 8.393/1991 e art. 42 da Lei n. 9.532/1997.

Doutro lado, a não-responsabilidade do Estado se justifica pela circunstância de não ser ponderável a diferença de preço da tonelada da matéria-prima adquirida dos plantadores do Nordeste e Norte e do Centro/Sul, conforme fixação governamental, de sorte que o ato estatal não interferiu de forma desproporcional na equação custos-receita do industrial nordestino.

Vejamos. Portaria n. 46, de 26.05.1992, do Secretário Executivo do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, fixou o preço da tonelada da cana-de-açúcar para o Centro/Sul em Cr\$ 2.716,53, enquanto que para o Norte e Nordeste ficara em Cr\$ 3.036,37, denotando diferença em torno de 10%, o que seria, à primeira vista, incapaz para inviabilizar a percepção de lucro pelas usinas. Observando-se as demais portarias mencionadas na inaugural, constata-se a existência de percentuais similares.

Por essas razões, discordo da bem lavrada sentença recorrida, entendendo que a indenização postulada não procede.”

Nas razões do especial, sustenta a empresa que o acórdão hostilizado contrariou o disposto nos arts. 10 e 13 da Lei n. 4.870/1965, e 159 do Código Civil de 1916 (art. 186 do novo Código Civil). Aduz que a lei reguladora do intervencionismo federal no setor sucro-alcooleiro é a Lei n. 4.870/1965, da qual depreende-se que “a recorrente tem direito ao ressarcimento dos valores pagos a maior pela cana-de-açúcar, sendo obrigatória a constituição do fundo de equalização desse custo por disposição expressa de lei, (...), independentemente da existência de outros mecanismos de compensação”.

Segundo a recorrente, os benefícios fiscais concedidos pelas Leis ns. 8.393/1991 e 9.532/1997 não representaram o reembolso do sobrepreço pago aos fornecedores de cana-de-açúcar, por consubstanciarem medidas inócuas, ineficazes. Isto porque a isenção do IPI, concedida pela Lei n. 8.393/1991, foi estendida a todas as usinas do País pela Instrução Normativa n. 67/1998, da Secretaria da Receita Federal, por meio de perdão fiscal, “não tendo sido proporcionado para as usinas do Nordeste o benefício alegado, até porque tributar pelo IPI as demais unidades produtoras jamais teria o condão de ressarcir o sobrepreço pago pela recorrente que continuou pagando mais pela cana e vendendo o açúcar mais barato” e porque o crédito presumido previsto na Lei n. 9.532/1997, regulamentado pelo Decreto n. 2.501/1998, que o fixou em 85% do IPI calculado à alíquota de 12%, resultou numa tributação de 1,8% para as usinas do Nordeste, as quais antes eram isentas.

Por fim, destaca que o acórdão recorrido reconheceu a existência do prejuízo, não obstante o tenha considerado pequeno, o que enseja o ressarcimento do dano, sob pena de ofensa ao art. 159 do CC/1916.

Consta recurso extraordinário às fls. 524/539.

Apresentadas contra-razões às fls. 544/553, nas quais alegou-se: 1) a manifesta ausência de nexo de causalidade entre a ação governamental de administração de preços e o resultado da atividade desenvolvida pela recorrente, em virtude da liberdade da empresa no ingresso e permanência no ramo de plantio de cana-de-

açúcar, assumindo os riscos inerentes à atividade econômica; 2) inexistência, nos autos, de prova do fato constitutivo do pedido (perdas sofridas, danos emergentes e/ou lucros cessantes); 3) “a Lei n. 4.870/1965, citada pela recorrente como peça comprobatória do que afirma, não se refere à fixação de preços de açúcar nem de álcool, mas apenas no tocante à cana-padrão, o que afasta a interpretação de que a mesma não fora cumprida”; 4) a União, tendo de extinguir a Lei n. 8.393/1991, implantou o crédito presumido de IPI para o açúcar, na forma da Lei n. 9.532/1997 e do Decreto n. 2.501/1998, o que representou compensação ao sobrepreço pago pela empresa.

O recurso recebeu crivo positivo de admissibilidade na instância de origem. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Cinge-se a controvérsia à aferição do direito de indenização de empresa agroindustrial, localizada no Nordeste do País, que, mesmo após a extinção do subsídio de equalização de preços, continuou sendo obrigada ao pagamento de sobrepreço na aquisição de cana-de-açúcar de seus fornecedores.

Prima facie, forçoso realizar breve digressão acerca da legislação pertinente.

Com efeito, a Lei n. 4.870, de 1º de dezembro de 1965, que dispunha, entre outros, sobre a produção açucareira, ao tratar do preço da tonelada da cana fornecida a usinas, determinou que o mesmo seria fixado, para cada Estado, por ocasião do Plano de Safra, tendo-se em vista os custos da produção agrícola e industrial apurados pelo Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA nas Regiões Centro-Sul e Norte-Nordeste do País.

Segundo o art. 9º, § 2º, do referido diploma legal, após o levantamento dos custos estaduais, o IAA apuraria o custo médio nacional ponderado e os custos médios regionais ponderados, observados, sempre que possível, índices mínimos de produtividade.

Ao tratar do preço do açúcar, a Lei n. 4.870/1965 preceituou que, no caso de fixação de preço médio nacional ponderado, o IAA providenciaria a constituição de um *fundo de equalização de preços* e de defesa da produção em geral, mediante o recolhimento de contribuição correspondente à diferença verificada entre os custos apurados, nos termos dos parágrafos do art. 13, **verbis**:

‘§ 1º A contribuição a que se refere este artigo será obrigatoriamente recolhida ao IAA, independentemente de ajuste entre vendedor e comprador quanto

ao preço de venda constante dos respectivos efeitos comerciais, não podendo ser superior a 10% (dez por cento) do preço médio nacional ponderado.

§ 2º Na distribuição de recursos do Fundo de Equalização de Preços e Defesa da Produção em Geral, não serão beneficiadas as produções agrícolas de fornecedores e usineiros que revelarem em diagnóstico econômico realizado no prazo de 2 (dois) anos, condições de produtividade idênticas às da região de menor custo.

§ 3º As produções agrícolas beneficiadas que, no prazo de 5 (cinco) anos, não revelarem melhoria de produtividade, serão excluídas da distribuição a que se refere este artigo.

§ 4º A parcela mínima de 1/3 (um terço) dos recursos será destinada a complementar o financiamento dos estoques.”

Com base no diploma legal supracitado, o Decreto-Lei n. 308, de 28 de fevereiro de 1967, que dispunha sobre a receita do IAA, estabeleceu o seguinte:

“Art. 3º Para custeio da intervenção da União, através do Instituto do Açúcar e do Alcool, na economia canavieira nacional, ficam criadas, na forma prevista no art. 157, § 9º, da Constituição Federal, de 25 de janeiro de 1967, as seguintes contribuições:

I - de até NCr\$ 1,57 (um cruzeiro novo e cinqüenta e sete centavos) por saco de açúcar de 60 (sessenta) quilos destinados ao consumo interno do País;

II - de até NCr\$ 0,01 (um centavo) de cruzeiro novo por litro de qualquer tipo e graduação destinada ao consumo interno, excluído o álcool anidro para mistura carburante.

§ 1º As contribuições a que se refere este artigo serão proporcionalmente corrigidas pela Comissão Executiva do Instituto do Açúcar e do Alcool em função da variação dos preços do açúcar e do álcool, fixados para o mercado nacional.

§ 2º Quando o açúcar for acondicionado em sacos de peso inferior a 60 (sessenta) quilos ou a granel, a forma do parágrafo único do art. 11 do Decreto-Lei n. 56, de 18 de novembro de 1966, as contribuições a que se refere este artigo serão cobradas sobre as porções de 60 (sessenta) quilos, ou proporcionalmente quando se tratar de parcelas superiores.

§ 3º A produção e comercialização do açúcar líquido e do mel rico concentrado, desde que resulte da utilização da cana-de-açúcar, estarão sujeitas ao mesmo regime legal da disciplina da produção açucareira e do sistema de cobrança das contribuições na forma que for estabelecida em resolução da Comissão Executiva do IAA.”

“Art. 5º O saldo da receita proveniente da contribuição de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 3º será destinado:

I - 60% (sessenta por cento) para constituição do Fundo Especial de Exportação previsto no art. 28 da Lei n. 4.870, de 1º de dezembro de 1965, para a defesa da produção e garantia ao produtor do preço oficial para açúcar de exportação;

II - 40% (quarenta por cento) para constituição de um fundo destinado à racionalização da agroindústria Canavieira do Nordeste através do Grupo Especial para a Racionalização da Agroindústria Canavieira do Nordeste — Geran —, na forma do disposto no Decreto n. 59.033-A, de 08 de agosto de 1966.

Parágrafo único. Também constituirão receita privativa do Fundo Especial de Exportação os resultados líquidos das exportações de açúcar para o mercado preferencial norte-americano e o mercado livre mundial, mantida a prioridade assegurada à Região Norte-Nordeste pelo art. 7º da Lei n. 4.870, de 1º de dezembro de 1965.”

“Art. 7º No caso de fixação de preço médio nacional ponderado, previsto no art. 13 da Lei n. 4.870, de 1º de dezembro de 1965, a diferença de preço a que se refere o aludido artigo e seu § 1º, não poderá exceder ao valor da contribuição mencionada no inciso I do art. 3º deste decreto-lei.”

No Decreto-Lei n. 1.186/1971, que concedia estímulos à fusão, incorporação e realocação de unidades industriais açucareiras, prescreveu-se que os preços da cana e do açúcar podiam ser unificados em todo o País.

O Decreto-Lei n. 1.712/1979, que tratou da arrecadação das contribuições ao Instituto do Açúcar e do Alcool, determinava, em seu art. 4º, que a receita proveniente da referida arrecadação seria destinada ao Fundo Especial de Exportação, previsto no art. 28 da Lei n. 4.870/1965, para garantir ao produtor os preços oficiais do açúcar e do álcool e para atender ao custeio dos programas desenvolvidos pelo IAA.

Já o Decreto-Lei n. 1.952/1982 instituiu adicional às contribuições incidentes sobre açúcar e álcool, de até 20% (vinte por cento) sobre os preços oficiais dos referidos produtos fixados pelo IAA, para fazer face aos dispêndios provocados por situações excepcionalmente desfavoráveis do mercado internacional de açúcar e para a formação de estoques da produção exportável e complementação de recursos destinados a programas oficiais de equalização de custos.

Com o advento da Lei n. 8.393, de 30 de dezembro de 1991, foram extintos a contribuição e o adicional incidentes sobre saídas de açúcar, bem como os subsídios de equalização de custos de produção de açúcar, tendo sido concedida isenção de IPI nas referidas operações, nos seguintes termos:

“Art. 2º Enquanto persistir a política de preço nacional unificado de açúcar de cana, a alíquota máxima do Imposto sobre Produtos Industrializados — IPI incidente sobre a saída desse produto será de dezoito por cento, assegurada isenção para as saídas ocorridas na área de atuação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste — Sudene e da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia — Sudam.

Parágrafo único. Para os Estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, é o Poder Executivo autorizado a reduzir em até cinquenta por cento a alíquota do IPI incidente sobre o açúcar nas saídas para o mercado interno.”

A Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997, revogou o art. 2º do diploma legal supracitado, e, em seu art. 42, conferiu direito a crédito presumido aos estabelecimentos produtores de açúcar de cana, localizados nos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo e em Estados das Regiões Norte e Nordeste, calculado com base em percentual, fixado pelo Poder Executivo em virtude do diferencial de custo da cana-de-açúcar entre as regiões produtoras do País, a ser aplicado sobre o valor do produto saído do estabelecimento e compensado com o IPI devido nas saídas de açúcar.

O recurso, todavia, não merece conhecimento, uma vez que, não obstante infra-se a potencial existência de prejuízos às usinas açucareiras das Regiões Norte e Nordeste, em virtude da manutenção da política de preço unificado do açúcar mesmo após a extinção dos subsídios legais, forçoso revela-se o revolvimento do contexto fático-probatório para aferir a alegada inocuidade do mecanismo adotado pela Administração Pública com o intuito de compensar/equalizar os custos de produção entre o Centro-Sul e o Norte-Nordeste do País, o que atrai a incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

Deveras, a intervenção do Estado no domínio econômico somente enseja responsabilização do Poder Estatal quando atenta contra a legalidade e desvia-se da norma engendrada.

Consectariamente, não é lícito ao Judiciário sindicarem política econômica a pretexto de enxergar “injustiça econômica”, porquanto a isso equivaleria invadir a “reserva política do Poder”.

A lei que, **ad argumentandum tantum**, se indica como ensejadora de desigualdades, deve ser argüida de inconstitucional pelo malferimento da cláusula pétrea isonômica e pela transgressão aos princípios da Federação quando desigualdade Estados-Membros.

Diante do exposto, *não conheço do recurso especial*, quer pela Súmula n. 7 desta Corte, quer por seu enfoque constitucional.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 692.241-RJ (2004/0140384-7)

Relator: Ministro José Delgado

Relator p/ o acórdão: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Banco Investcorp S/A

Advogada: Deborah Barreto Mendes

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Tatiana P F Wajnberg e outros

EMENTA

Tributário. Demonstrações financeiras. Ano-base de 1990. Correção monetária. Dedução no período. Vinculação às Leis ns. 7.730/1889 e 7.799/1989. OTN. Diferença de atualização com base no IPC. Atrelamento à Lei n. 8.200/1991. Precedente da Suprema Corte e do STJ.

I - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n. 201.465-MG, DJ 17.10.2003, Relator p/ o acórdão o Ministro Nelson Jobim, pacificou o entendimento segundo o qual inexistente o direito do contribuinte a índice determinado de correção monetária nas demonstrações financeiras, devendo prevalecer os índices impostos pela lei.

II - O recorrente corrigiu monetariamente as demonstrações financeiras do período-base de 1990 pelo IPC. Não obstante, no período em tela encontrava-se plenamente vigente o constante das Leis ns. 7.730/1989 e 7.799/1989, que impunham a atualização pela OTN/BTNF.

III - Apesar do legislador, através da Lei n. 8.200/1991, ter beneficiado os contribuintes com a inclusão do IPC no cômputo deste período de 1990, o fez com as restrições constantes do art. 3º daquele diploma legal. Nesse panorama, manter a validade da dedução integralmente realizada pelo próprio contribuinte, em contrariedade com a legislação vigente à época, seria afastar o princípio da isonomia tributária e cancelar a atuação **contra legem**.

IV - A compensação do crédito criado para o contribuinte em virtude deste benefício fiscal deve-se subordinar à norma legal que o originou, sendo vedada a compensação integral, máxime na forma realizada pelo contribuinte, em época que nem existia a Lei n. 8.200/1991.

V - Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Francisco Falcão, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Francisco Falcão os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 03 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 1ª.07.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Banco Investcorp S/A contra acórdão que julgou improcedente pedido objetivando o reconhecimento do direito de corrigir suas demonstrações financeiras para o período-base de 1990 com o índice do IPC ao invés do BTNF.

Alega-se ofensa ao art. 535, II, do CPC, 43 e 44 do CTN, 3ª da Lei n. 8.200/1991, e 32 do Decreto n. 332/1991.

Oferecimento de contra-razões pela manutenção do decisório atacado.

Admitido o recurso especial, subiram os autos a esta Casa de Justiça.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): O assunto de longa data vem sendo debatido. O posicionamento seguido pela maioria dos meus pares era em sentido favorável à tese sempre defendida pela Fazenda Nacional, isto é, de que a atualização dos balanços deveria ser efetivada pelo BTNF indexado pelo IRVF.

Apesar de expressar entendimento oposto (na linha de que o índice que melhor refletia a verdadeira inflação do período era o IPC) e, destarte, ficar vencido em várias oportunidades, findei por acompanhar a maioria, tendo em vista a uniformização da jurisprudência então dominante, ressaltando sempre, contudo, o meu ponto de vista. Destaco, entre esses, o voto proferido no REsp n. 91.869-PR, DJ 03.03.1997, sendo Relator designado para lavrar o acórdão o eminente Ministro Demócrito Reinaldo.

Não obstante a jurisprudência iterativa desta Corte em sentido oposto ao meu, em julgamento (13.06.2001) realizado pela Primeira Seção, ao apreciar o REsp n. 133.069-SC, da relatoria do insigne Ministro Franciulli Netto, modificou-se a posição até então adotada para prevalecer a validade e legalidade da aplicação do IPC na correção do BTNE, como se confere do seguinte trecho do referido julgado:

“Perfeitamente válida e legal a aplicação do IPC ao invés do IRVF e dos demais índices utilizados na atualização do BTN Fiscal para correção monetária das demonstrações financeiras do ano-base de 1990, exercício de 1991, por ter sido o índice que refletiu a inflação do período, e por não atentar contra os princípios constitucionais tributários, consoante pronunciamento da Máxima Corte na ADIn n. 712-2-ML-DF, Relator Ministro Celso de Mello, in DJ 19.02.1993. Com a edição da Lei n. 8.200, de 28 de junho de 1991, o legislador ordinário, ao reconhecer expressamente a disparidade ocorrida na apuração do imposto de renda das empresas contribuintes no ano-base de 1990, buscou minorar os seus efeitos.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da medida liminar requerida na ADIn supra-referida, forte no entendimento de que ‘princípio da irretroatividade da lei tributária deve ser visto e interpretado, desse modo, como garantia constitucional instituída em favor dos sujeitos passivos da atividade estatal no campo da tributação’, afirmou que a Lei n. 8.200/1991, por ser mais benéfica ao contribuinte, pode ter efeito retroativo.

De outra parte, não se coadunam com o sistema jurídico pátrio as limitações impostas no art. 3º, inciso I, da Lei n. 8.200/1991 e nos arts. 39 e 41 do Decreto n. 332/1991, uma vez que, se o recolhimento do indébito foi por inteiro, a devolução não pode ser escalonada, como ato de império, em inadmissível facilitário, seja de quatro ou seis anos. Pensar diferente menos não fora que consagrar o enriquecimento ilícito, com inarredável comprometimento do patrimônio da empresa contribuinte.”

Aplicação da correção monetária para o mês de janeiro de 1989 deve ter como base o índice do IPC, com o percentual de 42,72%, e não 70,28%.

Destarte, de acordo com o entendimento uniformizado pela Primeira Seção desta Corte Superior, é válida e legal a aplicação do IPC, ao invés do IRVF e dos demais índices utilizados na atualização do BTN Fiscal, para a correção das demonstrações financeiras do período-base de 1990, exercício de 1991, por ter refletido a real inflação do período.

É o que se pode aferir do julgamento do REsp n. 133.069-SC, de relatoria do eminente Ministro Franciulli Netto, em sessão de 13.06.2001, DJ 03.04.2002, o qual uniformizou o entendimento sob as razões desta forma sintetizadas:

“Recurso especial. Tributário. Imposto de renda de pessoa jurídica. Demonstrações financeiras do ano-base de 1990. Correção monetária pelo IPC. Lei n. 8.200/1991. Eficácia retroativa. Entendimento da excelsa Corte (ADIn n. 712-2-DF). Afastamento das limitações previstas nos arts. 30, inciso I, da Lei n. 8.200/1991, e 39 e 41 do Decreto n. 332/1991.

Perfeitamente válida e legal a aplicação do IPC, ao invés do IRVF e dos demais índices de atualização do BTN Fiscal, para correção monetária das demonstrações financeiras do ano-base de 1990, exercício de 1991, por ter sido o índice que refletiu a inflação do período, e por não atentar contra os princípios constitucionais tributários, consoante pronunciamento da Máxima Corte na ADIn n. 712-2-(ML)-DF, Relator Ministro Celso de Mello, in DJ 19.02.1993.

Com a edição da Lei n. 8.200, de 28 de junho de 1991, o legislador ordinário, ao reconhecer expressamente a disparidade ocorrida na apuração do imposto de renda das empresas contribuintes no ano-base de 1990, buscou minorar os seus efeitos.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da medida liminar requerida na ADIn supra-referida, forte no entendimento de que ‘o princípio da irretroatividade da lei tributária deve ser visto e interpretado desse modo, como garantia constitucional instituída em favor dos sujeitos passivos da atividade estatal no campo da tributação’, afirmou que a Lei n. 8.200/1991, por ser mais benéfica ao contribuinte, pode ter efeito retroativo.

De outra parte, não se coadunam com o sistema jurídico pátrio as limitações impostas no art. 3º, inciso I, da Lei n. 8.200/1991 e nos arts. 39 e 41 do Decreto n. 332/1991, uma vez que, se o recolhimento do indébito foi por inteiro, a devolução e/ou a compensação não pode ser escalonada, como ato de império, em inadmissível facilitário, seja de quatro ou seis anos. Pensar diferente menos não fora que consagrar o enriquecimento ilícito, com inarredável comprometimento do patrimônio da empresa contribuinte.

Recurso não provido no mérito. Decisão por maioria de votos.”

Na linha acima, assim vem decidindo esta egrégia Corte Superior, conforme os julgados abaixo:

“Tributário. Demonstrações financeiras. Ano-base de 1990. Diferença de correção entre o IPC e BTNF. Art. 3º, I, da Lei n. 8.200/1991. Arts. 39 e 41 do Decreto n. 332/1991. Acórdão fundado em matéria constitucional. Pacificação sobre o tema pela Primeira Seção deste Sodalício. Recurso especial não conhecido.

1. Não se conhece de recurso especial interposto para desafiar acórdão que analisou a matéria discutida na lide do ponto de vista da constitucionalidade. Ademais, cumpre salientar que o tema abordado nos autos encontra-se pacificado pela Primeira Seção deste Sodalício, que ao apreciar o REsp n. 133.069, resolveu que: ‘Recurso especial. Tributário. Imposto de renda de pessoa jurídica. Demonstrações financeiras do ano-base de 1990. Correção monetária pelo IPC. Lei n. 8.200/1991. Eficácia retroativa. Entendimento da excelsa Corte (ADIn n. 712-2-DF). Afastamento das limitações previstas nos arts. 30, inciso I, da Lei n. 8.200/1991, e 39 e 41 do Decreto n. 332/1991’.

2. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 325.882-SE, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 25.02.2002).

Complementando o esposado entendimento, pronunciou-se a Exª. Ministra Eliana Calmon, no julgamento do REsp n. 140.412-RS, realizado pela Segunda Turma deste Tribunal:

“(…) Segundo o órgão julgador, com a edição da Lei n. 8.200/1991, o legislador ordinário, ao reconhecer expressamente a disparidade ocorrida na apuração do Imposto de Renda das empresas contribuintes no ano-base de 1990, buscou minorar seus efeitos. Assim, rechaçou a devolução/compensação de forma escalonada, considerando que as limitações contidas no art. 3º, I, da Lei n. 8.200/1991 e nos arts. 39 e 41 do Decreto n. 332/1991 não se coadunam com o sistema jurídico pátrio. Por fim, pautando-se na manifestação do STF quando do julgamento da liminar requerida na ADIn n. 712-2, vislumbrou a possibilidade de aplicação retroativa da referida lei. (...)”

Por outro lado, quanto à legalidade dos arts. 39 e 41 do Decreto n. 332/1991, que regulamentou a Lei n. 8.200/1991, o meu pensamento era de que apenas o art. 41 extrapolava os limites da referida lei, ficando, nesta parte, também vencido, conforme se pode verificar de voto proferido no REsp n. 244.450-CE:

“O art. 39 do Decreto n. 332/1991, tem a seguinte redação:

‘Para fins de determinação do lucro real, a parcela dos encargos de depreciação, amortização ou exaustão, ou do custo de bem baixado a qualquer título, que corresponda à diferença de correção monetária pelo IPC e pelo BTN Fiscal, somente poderá ser deduzida a partir do exercício financeiro de 1994, período-base de 1993.’

O art. 41 do mesmo decreto, dita:

‘O resultado da correção monetária de que trata este Capítulo não influirá na base de cálculo da contribuição social (Lei n. 7.689/1988) e do imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido (Lei n. 7.713/1988, art. 35).

§ 1º (...)

§ 2º Os valores a que se refere o art. 39, computados em conta de resultado, deverão ser adicionados ao lucro líquido na determinação da base de cálculo da contribuição social (Lei n. 7.689/1988) e do imposto sobre o lucro líquido (Lei n. 7.713/1988, art. 35).’

O art. 39 do Decreto n. 332/1991, revela comando normativo no sentido de impedir que a correção monetária complementar e retificadora das demonstrações financeiras do balanço correspondente ao exercício social de 1990, correção esta permitida pela Lei n. 8.200/1991, fosse, de forma imediata, utilizada para cálculo da parcela dos encargos de depreciação, amortização, exaustão, ou baixa de bens com vistas à apuração do imposto incidente sobre a renda das pessoas jurídicas. O mesmo dispositivo, contudo, possibilitou sua dedução somente a partir do exercício financeiro de 1994, período-base de 1993.

O exame da validade e eficácia do mencionado dispositivo regulamentador há de ser feito em confronto com o art. 4º da Lei n. 8.200/1991, cuja redação é a seguinte:

‘A parcela da correção monetária especial de que trata o § 2º do art. 2º desta Lei, que corresponder à diferença verificada no ano de 1990 entre a variação do Índice de Preços ao Consumidor — IPC e a variação do BTN Fiscal não terá o tratamento previsto no § 3º daquele artigo, servindo de base para a dedução, na determinação do lucro real, a partir do período-base de 1993 de depreciação, amortização, exaustão ou baixa a qualquer título, dos bens ou direitos.’

Observe que o art. 2º supramencionado assim dispõe:

‘As pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real poderão efetuar correção monetária especial das contas do ativo permanente, com base em índice que reflita em nível nacional, variação geral de preços.’

O seu § 2º dita que:

‘A correção deverá ser registrada em subconta distinta da que registra o valor original do bem ou direito, corrigido monetariamente, e a contrapartida será creditada à conta de reserva especial.’

A seguir, assim está redigido o § 3º:

‘O valor da reserva especial, mesmo que incorporado ao capital, deverá ser computado na determinação do lucro real proporcionalmente à realização dos bens ou direitos, mediante alienação, depreciação, amortização, exaustão ou baixa a qualquer título.’

Conforme se verifica, o mencionado art. 4º da Lei n. 8.200/1991, afastou a aplicação do § 3º da mesma lei, isto é, não permitiu que o valor da reserva especial, representada pela conta a que se refere o § 2º, em decorrência da correção monetária apurada, fosse computado na determinação do lucro real proporcionalmente à realização dos bens ou direitos, mediante alienação, depreciação, amortização, exaustão ou baixa a qualquer título. Só permitiu que tal lançamento fosse efetuado para determinação do lucro real, a partir do período-base de 1993.

Como se verifica, o art. 39 do Decreto n. 332, de 04.11.1991, não inovou o preceito legal.

A vedação regulamentar em questão está apoiada na lei. Por esta, conforme o art. 4º, a nova expressão monetária das contas do ativo permanente, por efeito da correção monetária complementar que determinou a retificação dos balanços a partir de 31.12.1990, só pode ser feita, em se tratando dos cálculos relativos aos encargos de depreciação, amortização, exaustão e baixa de bens, com vistas à apuração do imposto de renda de pessoa jurídica, a partir do período-base de 1993.

Não cabe, no momento atual, a análise da constitucionalidade ou não das mencionadas disposições. Não é essa a discussão posta nos autos. O critério utilizado pelo legislador do diferimento para reembolso das diferenças encontradas não está sendo motivo de discussão. A recorrente insurge-se, apenas, contra a decisão colegiada que entendeu ilegal a norma regulamentadora.

O mesmo entendimento não se firma a respeito do art. 41, **caput** e § 2º, do Decreto n. 332/1991.

Relembro que o dispositivo em análise dispõe:

‘O resultado da correção monetária de que trata este capítulo não influirá na base de cálculo da contribuição social (Lei n. 7.689/1988) e do imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido (Lei n. 7.713/1988, art. 35).’

De modo diferente dita a lei regulamentada.

O § 5º do art. 2º da Lei n. 8.200/1991, determina:

‘O disposto nos §§ 3º e 4º deste artigo aplica-se, inclusive, à determinação da base de cálculo da contribuição social (Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988), e do imposto de renda na fonte incidente sobre o lucro líquido (Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988, art. 35).’

Os referidos parágrafos têm o seguinte conteúdo:

‘§ 3º O valor da reserva especial, mesmo que incorporado ao capital, deverá ser computado na determinação do lucro real proporcionalmente à realização dos bens ou direitos, mediante alienação, depreciação, amortização, exaustão ou baixa a qualquer título.

§ 4º O valor da correção especial, realizado mediante alienação, depreciação, amortização, exaustão ou baixa a qualquer título, poderá ser deduzido como custo ou despesa, para efeito de determinação do lucro real.’

Em conseqüência, qualquer restrição imposta pela norma regulamentadora a tais posições extrapola a função específica a ser exercida no mundo jurídico.

Para melhor compreensão do afirmado, transcrevo o inteiro teor da Lei n. 8.200/1991, no sentido de demonstrar que não contém, em nenhum de seus artigos, as restrições impostas pelo art. 41, § 2º, em comento. Ei-la:

Lei n. 8.200, de 28 de junho de 1991.

Dispõe sobre a correção monetária das demonstrações financeiras para efeitos fiscais e societários.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Para efeito de determinar o lucro real — base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas — a correção monetária das demonstrações financeiras anuais, de que trata a Lei n. 7.799, de 10 de julho de 1989, será procedida, a partir do mês de fevereiro de 1991, com base na variação mensal do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC).

§ 1º A correção de que trata este artigo somente produzirá efeitos fiscais quando efetuada no encerramento do período-base.

§ 2º A correção aplica-se, inclusive, aos valores decorrentes da correção especial prevista no art. 2º desta Lei.

Art. 2º As pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real poderão efetuar correção monetária especial das contas do ativo permanente, com base em índice que reflita em nível nacional, variação geral de preços.

§ 1º A correção monetária de que trata este artigo poderá ser efetuada, exclusivamente, em balanço especial levantado, para esse efeito, em 31 de janeiro de 1991, após a correção com base no BTN Fiscal de Cr\$ 126,8621.

§ 2º A correção deverá ser registrada em subconta distinta da que registra o valor original do bem ou direito, corrigido monetariamente, e a contrapartida será creditada à conta de reserva especial.

§ 3º O valor da reserva especial, mesmo que incorporado ao capital, deverá ser computado na determinação do lucro real proporcionalmente à realização dos bens ou direitos, mediante alienação, depreciação, amortização, exaustão ou baixa a qualquer título.

§ 4º O valor da correção especial, realizado mediante alienação, depreciação, amortização, exaustão ou baixa a qualquer título, poderá ser deduzido como custo ou despesa, para efeito de determinação do lucro real.

§ 5º O disposto nos §§ 3º e 4º deste artigo aplica-se, inclusive, à determinação da base de cálculo da contribuição social (Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988), e do imposto de renda na fonte incidente sobre o lucro líquido (Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988, art. 35).

§ 6º A correção de que trata este artigo poderá ser registrada até a data do balanço de encerramento do período-base de 1991, mas referida à data de 31 de janeiro de 1991.

§ 7º A correção especial não se aplica em relação a investimentos avaliados pelo valor de patrimônio líquido.

§ 8º A contrapartida do ajuste do investimento avaliado pelo valor do patrimônio líquido, decorrente da correção especial efetuada por coligada ou controlada, deverá ser registrada, pela investidora, em conta de reserva especial, que terá o mesmo tratamento tributário aplicável à reserva de reavaliação.

Art. 3º A parcela da correção monetária das demonstrações financeiras, relativa ao período-base de 1990, que corresponder à diferença verificada no ano de 1990 entre a variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e a variação do BTN Fiscal, terá o seguinte tratamento fiscal:

I - poderá ser deduzida na determinação do lucro real, em quatro períodos-base, a partir de 1993, à razão de vinte e cinco por cento ao ano, quando se tratar de saldo devedor;

II - será computada na determinação do lucro real, a partir do período-base de 1993, de acordo com o critério utilizado para a determinação do lucro inflacionário realizado, quando se tratar de saldo credor.

Art. 4º A parcela da correção monetária especial de que trata o § 2º do art. 2º desta lei que corresponder à diferença verificada no ano de 1990 entre a variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e a variação do BTN Fiscal não terá o tratamento previsto no § 3º daquele artigo, servindo de base para a dedução, na determinação do lucro real, a partir do período-base de 1993 de depreciação, amortização, exaustão ou baixa a qualquer título, dos bens ou direitos.

Art. 5º O disposto nesta lei aplica-se à correção monetária das demonstrações financeiras, para efeitos societários.

Art. 6º O Poder Executivo regulamentará, no prazo de sessenta dias, o disposto nesta lei.

Art. 7º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 28 de junho de 1991; 170º da Independência e 103º da República.

Fernando Collor

Marcílio Marques Moreira.º

A seguir, foi editada a Lei n. 8.682, de 14 de julho de 1993, que, em seu art. 11, expressou:

‘Art. 11. É revigorada a Lei n. 8.200, de 28 de junho de 1991, passando o inciso I do seu art. 3º a vigor com a seguinte redação:

‘Art. 3º (...)

I - Poderá ser deduzida, na determinação do lucro real, em seis anos-calendário, a partir de 1993, à razão de 25% em 1993, e de 15% ao ano, de 1994 a 1998, quando se tratar de saldo devedor.’”

Esse o meu entendimento.

Contudo, não obstante o voto acima citado, em julgamento datado de 02.05.2002, o Plenário do colendo STF, ao julgar o RE n. 201.465-6-MG, Relator Ministro Marco Aurélio, tendo proferido voto-vencedor o eminente Ministro Nelson Jobim, declarou a constitucionalidade do art. 3º, I, da Lei n. 8.200/1991, com a redação dada pela Lei n. 8.682/1993, reconhecendo que este preceito legal prevê hipótese nova de dedução na determinação do lucro real, constituindo-se como favor fiscal ditado por opção legislativa, afastando-se, conseqüentemente, a idéia de empréstimo compulsório. O aludido voto está assim ementado:

“Constitucional. Tributário. Imposto de renda. Demonstrações financeiras. Correção. Lei n. 8.200/1991 (art. 3º, I, com a redação dada pela Lei n. 8.682/1993). Constitucionalidade.

A Lei n. 8.200/1991, 1) em nenhum momento modificou a disciplina da base de cálculo do imposto de renda referente ao balanço de 1990, 2) nem determinou a aplicação, ao período-base de 1990, da variação do IPC; 3) tão-somente reconheceu os efeitos econômicos decorrentes da metodologia de cálculo da correção monetária.

O art. 3º, I (Lei n. 8.200/1991), prevendo hipótese nova de dedução na determinação do lucro real, constituiu-se como favor fiscal ditado por opção política legislativa. Inocorrência, no caso, de empréstimo compulsório.

Recurso conhecido e provido.”

Assim, diante desse pronunciamento da excelsa Corte no sentido de que a correção monetária complementar e retificadora das demonstrações financeiras das pessoas jurídicas, correspondente ao exercício social de 1990, não pode ser, de forma imediata, utilizada, entendo que este Superior Tribunal de Justiça não mais deve emitir juízo de valor a respeito, posto referida matéria repousar, agora, no campo estritamente constitucional, privativa de exame pela Corte Máxima.

Por tais razões, com vênias aos nobres entendimentos contrários, dou parcial provimento ao recurso especial, para conceder a correção monetária das demonstrações financeiras com base no IPC. Inversão dos ônus sucumbenciais.

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Francisco Falcão: A questão **sub examine** gravita em torno da correção monetária das demonstrações financeiras no ano-base de 1990.

O recorrente corrigiu monetariamente as demonstrações financeiras do período-base de 1990 pelo IPC.

Não obstante, no período em tela encontrava-se plenamente vigente o constante das Leis ns. 7.730/1989 e 7.799/1989, que impunham a atualização pela OTN/BTNE

Apesar de o legislador, através da Lei n. 8.200/1991, ter beneficiado os contribuintes com a inclusão do IPC no cômputo deste período de 1990, o fez com as restrições constantes do art. 3º daquele diploma legal.

Nesse panorama, manter a validade da dedução integralmente realizada pelo próprio contribuinte, em contrariedade com a legislação vigente à época, seria afastar o princípio da isonomia tributária e cancelar a atuação **contra legem**.

A compensação do crédito criada para o contribuinte em virtude deste benefício fiscal deve-se subordinar à norma legal que o originou, sendo vedada a compensação integral, máxime na forma realizada pelo contribuinte, em época que nem existia a Lei n. 8.200/1991.

Frise-se, por oportuno, que a tese do recorrente pela ratificação de seu procedimento com a edição da Lei n. 8.200/1993 não encontrou assento no Supremo Tribunal Federal, nem tampouco neste Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n. 201.465-MG, DJ 17.10.2003, p. 14, Relator p/ o acórdão o Ministro Nelson Jobim, pacificou o entendimento segundo o qual inexistente o direito do contribuinte a índice determinado de correção monetária nas demonstrações financeiras, devendo prevalecer os índices impostos pela lei.

Tal juízo levou em conta que o conceito de lucro real para os efeitos tributários é o decorrente de lei, sendo livremente fixado pelo legislador em face de considerações de política legislativa.

A dedução da correção monetária efetivamente existente no período para apuração do lucro real desvirtuaria o próprio conceito de renda, visto que a Constituição não adjetivou este conceito, não havendo se falar em “renda real”. Apenas o lucro foi adjetivado e o foi por definição infraconstitucional, taxativamente disciplinado.

Não há exigência constitucional para que a inflação sirva de objeto de dedução para a apuração do lucro real tributável. Assim, apenas a lei poderá delimitar, segundo os critérios que entender devidos, os componentes para a apuração do lucro real e, conseqüentemente, da base de cálculo do imposto de renda.

O julgado acima aludido assim foi ementado, **verbis**:

“Constitucional. Tributário. Imposto de renda. Demonstrações financeiras. Correção monetária. Lei n. 8.200/1991 (art. 3º, I, com a redação dada pela Lei n. 8.682/1993). Constitucionalidade.

A Lei n. 8.200/1991, 1) em nenhum momento modificou a disciplina da base de cálculo do imposto de renda referente ao balanço de 1990; 2) nem determinou a aplicação, ao período-base de 1990, da variação do IPC; 3) tão-somente reconheceu os efeitos econômicos decorrentes da metodologia de cálculo da correção monetária. O art. 3º, I (Lei n. 8.200/1991), prevendo hipótese nova de dedução na determinação do lucro real, constituiu-se como favor fiscal ditado por opção política legislativa. Inocorrência, no caso, de empréstimo compulsório. Recurso conhecido e provido.”

Sobre o assunto, destaco precedente desta Corte Superior, **verbis**:

“Tributário. Embargos de divergência. Demonstrações financeiras. Imposto de renda pessoa jurídica — IRPJ. Períodos-base de 1989 e 1990. Correção monetária. BTNE. Leis ns. 7.730/1989 e 7.799/1989, 8.088/1990 e 8.200/1991.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 201.465-MG, declarou a constitucionalidade dos ditames previstos na Lei n. 8.200/1991, reconhecendo que ela não ‘... determinou a aplicação, ao período-base de 1990, da variação do IPC; tão-somente reconheceu os efeitos econômicos decorrentes da variação de metodologia de cálculo da correção monetária’.

2. Esse entendimento aplica-se integralmente aos casos referentes ao período-base de 1989.

3. Embargos de divergência não conhecidos.” (REsp n. 180.129-SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 09.05.2005, p. 288).

Tais as razões expendidas, *nego provimento* ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 728.163-RS (2005/0031550-2)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrentes: Luiz Alberto Z. Tassi e outros

Advogado: Maurício Dalagnol

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Clóvis Juarez Kemmerich e outros

EMENTA

Processual Civil. Execução contra a Fazenda Pública, não embargada. Pequeno valor. Dispensa de precatório. Cabimento de honorários advocatícios. Interpretação conforme a Constituição do art. 4º-D da Lei n. 9.494/1997.

1. Em se tratando de execução por quantia certa de título judicial contra a Fazenda Pública, a regra geral é a de que somente são devidos honorários advocatícios se houver embargos. É o que decorre do art. 4º-D da Lei n. 9.494/1997, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

2. A regra, todavia, é aplicável apenas às hipóteses em que a Fazenda Pública está submetida a regime de precatório, o que impede o cumprimento espontâneo da prestação devida por força da sentença. Excetuam-se da regra, portanto, as execuções de pequeno valor, de que trata o art. 100, § 3º, da Constituição, não sujeitas a precatório, em relação às quais a Fazenda fica sujeita a honorários nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. Interpretação conforme a Constituição do art. 4º-D da Lei n. 9.494/1997, conferida pelo STF (RE n. 420.816, Relator para acórdão Ministro Sepúlveda Pertence).

3. Consideram-se de pequeno valor, para esse efeito, as execuções de a) até sessenta (60) salários mínimos, quando devedora for a União Federal (Lei n. 10.259/2001, art. 17, § 1º); b) até quarenta (40) salários mínimos ou o estabelecido pela legislação local, quando devedor for Estado-Membro ou o Distrito Federal (ADCT, art. 87), e c) até trinta (30) salários mínimos ou o estabelecido pela legislação local, quando devedor for Município (ADCT, art. 87).

4. Sendo a execução promovida em regime de litisconsórcio ativo facultativo, a aferição do valor, para os fins do art. 100, § 3º, da Constituição, deve levar em conta o crédito individual de cada exequente (art. 4º da Resolução n. 373, de 25.05.2004, do Conselho da Justiça Federal).

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, após o voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, dar provimento ao recurso especial nos termos

do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado e Luiz Fux (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2005.

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 21.11.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial (fls. 58/74) interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional contra acórdão do TRF da 4ª Região cuja ementa é a seguinte:

“Agravos de instrumento. Honorários advocatícios em execução de sentença. Fazenda Pública. Divergência.

Conforme o entendimento predominante nesta Corte, não cabem honorários advocatícios em execução de sentença movida contra a Fazenda Pública porquanto, em virtude de mandamento constitucional, há necessidade de expedição de precatório ou requisição de pequeno valor para o cumprimento da sentença proferida, tornando inviável o cumprimento espontâneo da sentença é incabível a fixação de verbas honorárias com base no art. 20, § 4º, do CPC.” (Fl. 56)

No recurso especial, os recorrentes apontam, além de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 20, § 4º, do CPC, e 62 da CF/1988, alegando, em síntese, que a) a condenação a honorários, em sede de execução contra a Fazenda Pública, independente da oposição de embargos (fl. 60); b) a Medida Provisória n. 2.180-35 contraria o princípio da igualdade, pois cria um privilégio não extensivo aos demais executados, bem como afronta o art. 62 da CF, já que tal matéria não pode ser considerada de caráter relevante e urgente (fl. 69); c) a MP n. 2.180-35, na parte em que trata da condenação da Fazenda Pública a honorários, não se aplica às execuções de obrigações de pequeno valor, assim definidas na Lei n. 10.259/2001. Postula, sucessivamente, a) a condenação da Fazenda em honorários advocatícios; b) caso a MP n. 2.180-35/2001 seja utilizada como fundamento da decisão, a declaração incidental de sua inconstitucionalidade (fl. 69).

Não foram apresentadas contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Não é de ser conhecido o recurso especial quanto à alegada ofensa ao dispositivo constitucional, porquanto a apreciação da violação suscitada significaria usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal para exame de matéria constitucional.

2. A verba honorária é devida nas ações de execução, mesmo quando não embargadas. Com a nova redação dada ao § 4º do art. 20 do CPC, e não obstante as vacilações iniciais da jurisprudência, firmou-se o entendimento no sentido de considerar devidos honorários, quer a execução se baseie em título extrajudicial, quer judicial. Realmente, não tendo o legislador estabelecido distinção alguma, é de se entender que os honorários são devidos, qualquer que seja o título executivo. Em nosso sistema, que consagra a autonomia da ação de execução, o interesse de agir, assim considerada a necessidade de demandar judicialmente, nasce para o exequente, de forma semelhante, tanto do inadimplemento de título extrajudicial, quanto do não-cumprimento espontâneo da obrigação imposta por sentença. A resistência do devedor em atender ao provimento condenatório faz surgir a necessidade de propositura de nova ação, dando suporte, conseqüentemente, à aplicação do princípio da sucumbência, inclusive no que se refere a honorários advocatícios.

3. Algumas situações peculiares, todavia, devem ser registradas, entre as quais a da execução contra a Fazenda Pública. Conforme registramos em sede doutrinária (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. 8º, 2ª ed., SP, RT, 2003, pp. 385/386), “Por imperativo de ordem constitucional, as pessoas jurídicas de direito público somente estão autorizadas a efetuar pagamentos decorrentes de decisões judiciais na estrita ordem de apresentação dos precatórios (CF, art. 100). É-lhes vedado, salvo em se tratando de dívida considerada por lei de pequeno valor (CF, art. 100, § 3º, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998), o atendimento espontâneo da sentença condenatória, que, se verificado, ensejaria o seqüestro da importância para preservar a ordem cronológica de prioridade em favor de credores que anteriormente apresentaram seus precatórios. Diz-se, por isso mesmo, que o procedimento previsto nos arts. 730 e 731 é uma execução imprópria. **Dinamarco** chega a apontar como ‘caso expressivo de carência de ação executiva por impossibilidade jurídica a pretensa execução forçada *contra a Administração Pública*, por expropriação (execução por quantia certa): inexistente o poder de provocar tal execução (ação executiva) e obter o provimento satisfativo e impô-lo às pessoas de direito público, porque a lei e a Constituição expressamente o excluem’. A citação da Fazenda, aliás, não passa de um convite para que oponha embargos, ou seja, para que inaugure uma relação processual contenciosa. Se não

o fizer, o procedimento terá curso com a prática de atos eminentemente administrativos: expedição de requisição de pagamento ao Tribunal e, se for o caso, inclusão do valor em previsão orçamentária para futura liberação, quando disponíveis os recursos. Como observou **Pontes de Miranda**, ‘o Estado, que aqui e ali se entende privilegiado, como outrora os pajés, os príncipes e os reis, *regulou* o pagamento nas ações executivas das sentenças condenatórias contra a Fazenda’ de um modo **sui generis**: ‘tornou administrativo o que seria judiciário: há as cartas precatórias, que são postas na ordem de apresentação e vão à conta dos créditos respectivos. Percebe-se algo de intercalar, isto é, entre a execução forçada conforme o Código de Processo Civil e a execução voluntária’. Nessas circunstâncias, se a Fazenda, ao contrário dos demais credores, não pode, mesmo que o queira, satisfazer espontaneamente o pagamento da quantia a que foi condenada, sendo o precatório a forma natural e obrigatória de cumprir a obrigação, não se estabelecem as condições para submetê-la aos ônus sucumbenciais, a não ser que decaia em eventual ação de embargos. Anote-se, porém, que o regime especial de execução contra a Fazenda Pública diz respeito apenas à execução para pagamento de quantia, quando o título executivo for judicial. Nas demais (execução para entrega de coisa e de obrigação de fazer ou de não fazer), as pessoas de direito público não têm óbice algum ao cumprimento espontâneo da prestação devida por força da sentença condenatória. O mesmo se dá quando a obrigação de pagar decorrer de título extrajudicial. Embora a execução obedeça, também nesse caso, o procedimento dos arts. 730 e 731, há, na origem, uma substancial diferença: o modo natural de cumprimento da obrigação de pagar, prevista em título extrajudicial, é idêntico ao dos demais devedores, ou seja, o pagamento direto ao credor, na data do respectivo vencimento. Por isso mesmo sustentamos que, nesses casos (que são raros, eis que as sentenças que imponham obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa são cumpridas na mesma ação de conhecimento) a busca da tutela jurisdicional que tiver de ser promovida por ação de execução autônoma, seguirá, quanto à incidência de honorários advocatícios, o regime comum”.

4. Ocorre que o art. 1º-D da Lei n. 9.494, de 10.09.1997, com a redação dada pelo art. 4º da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001, estabeleceu, sem qualquer ressalva, que “não são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”. A esse dispositivo deve-se dar interpretação restrita, para considerá-lo aplicável apenas nos casos em que a execução deva ser promovida mediante expedição de precatório. Assim, além das exceções anotadas, deve-se considerar devidos honorários advocatícios também nas execuções de pequeno valor, de que trata o art. 100, § 3º, da Constituição, já que também nesses

casos o modo natural de cumprimento da obrigação é o do pagamento espontâneo. A execução forçada tem lugar, portanto, em razão da resistência da Fazenda, o que justifica a imposição de honorários nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. Foi o que decidiu o STF, conferindo interpretação conforme a Constituição do art. 4º-D da Lei n. 9.494/1997 (RE n. 420.816, julgado em 29.09.2004, Relator para acórdão Ministro Sepúlveda Pertence).

5. Consideram-se de pequeno valor, não sujeitas a precatório, as execuções de a) até sessenta (60) salários mínimos, quando devedora for a União Federal (Lei n. 10.259/2001, art. 17, § 1º); b) de até quarenta (40) salários mínimos ou o valor estabelecido pela legislação local, quando devedor for Estado-Membro ou o Distrito Federal (ADCT, art. 87); e c) até trinta (30) salários mínimos ou o valor estabelecido pela legislação local, quando devedor for Município (ADCT, art. 87). Sendo a execução promovida em regime de litisconsórcio ativo facultativo, a aferição do valor, para os fins do art. 100, § 4º, da Constituição, deve levar em conta o crédito individual de cada exequente, conforme prevê, aliás, o art. 4º da Resolução n. 373, de 25.05.2004, do Conselho da Justiça Federal, que disciplina a matéria no âmbito federal.

6. No caso dos autos, o devedor é ente da Fazenda Pública Federal e o valor do crédito de cada litisconsorte é inferior a sessenta salários mínimos.

7. Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso especial, fixando os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da execução.

É o voto.

VOTO-VISTA

Processual Civil. Execução contra a Fazenda Pública, não embargada. Pequeno valor. Dispensa de precatório. Honorários advocatícios. Cabimento. Art. 4º-D da Lei n. 9.494/1997.

1. Tratando-se de execuções de pequeno valor, de que trata o art. 100, § 3º, da Constituição, não sujeitas a precatório, em relação às quais a Fazenda fica sujeita a honorários nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. Interpretação conforme a Constituição do art. 4º-D da Lei n. 9.494/1997, conferida pelo STF (RE n. 420.816-PR, Relator p/ o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence).

2. É que consideram-se de pequeno valor, para esse efeito, as execuções de a) até sessenta (60) salários mínimos, quando devedora for a União Federal (Lei n. 10.259/2001, art. 17, § 1º); b) até quarenta (40) salários mínimos ou o estabelecido pela legislação local, quando devedor for Estado-Membro ou o Distrito Federal (ADCT, art. 87); e c) até trinta (30) salários mínimos ou o estabelecido pela legislação local, quando devedor for Município (ADCT, art. 87).

3. Havendo pluralidade de exeqüentes por obrigação divisível (litisconsórcio), a aferição do valor, para os fins do art. 100, § 3º, da Constituição, deve levar em conta o crédito individual de cada exeqüente (art. 4º da Resolução n. 373, de 25.05.2004, do Conselho da Justiça Federal — CJF).

4. Recurso especial provido, acompanhando o eminente Relator.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Conforme relatado pelo eminente Ministro Teori Albino Zavascki:

“Trata-se de recurso especial (fls. 58/74) interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional contra acórdão do TRF da 4ª Região cuja ementa é a seguinte:

‘Agravos de instrumento. Honorários advocatícios em execução de sentença. Fazenda Pública. Divergência.

Conforme o entendimento predominante nesta Corte, não cabem honorários advocatícios em execução de sentença movida contra a Fazenda Pública porquanto, em virtude de mandamento constitucional, há necessidade de expedição de precatório ou requisição de pequeno valor para o cumprimento da sentença proferida, tornando inviável o cumprimento espontâneo da sentença, é incabível a fixação de verbas honorárias com base no art. 20, § 4º, do CPC.’ (Fl. 56)

No recurso especial, os recorrentes apontam, além de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 20, § 4º, do CPC, e 62 da CF/1988, alegando, em síntese, que a) a condenação a honorários, em sede de execução contra a Fazenda Pública, independente da oposição de embargos (fl. 60); b) a Medida Provisória n. 2.180-35 contraria o princípio da igualdade, pois cria um privilégio não extensivo aos demais executados, bem como afronta o art. 62 da CF, já que tal matéria não pode ser considerada de caráter relevante e urgente (fl. 69); c) a MP n. 2.180-35, na parte em que trata da condenação da Fazenda Pública a honorários, não se aplica às execuções de obrigações de pequeno valor, assim definidas na Lei n. 10.259/2001. Postula, sucessivamente, a) a condenação da Fazenda em honorários advocatícios; b) caso a MP n. 2.180-35/2001 seja utilizada como fundamento da decisão, a declaração incidental de sua inconstitucionalidade (fl. 69).

Não foram apresentadas contra-razões.”

No voto, assiste razão ao Relator quando sustenta:

“Processual Civil. Execução contra a Fazenda Pública, não embargada. Pequeno valor. Dispensa de precatório. Cabimento de honorários advocatícios. Interpretação conforme a Constituição do art. 4º-D da Lei n. 9.494/1997.

1. Em se tratando de execução por quantia certa de título judicial contra a Fazenda Pública, a regra geral é a de que somente são devidos honorários advocatícios se houver embargos. É o que decorre do art. 4º-D da Lei n. 9.494/1997, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

2. A regra, todavia, é aplicável apenas às hipóteses em que a Fazenda Pública está submetida a regime de precatório, o que impede o cumprimento espontâneo da prestação devida por força da sentença. Excetuam-se da regra, portanto, as execuções de pequeno valor, de que trata o art. 100, § 3º, da Constituição, não sujeitas a precatório, em relação às quais a Fazenda fica sujeita a honorários nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. Interpretação conforme a Constituição do art. 4º-D da Lei n. 9.494/1997, conferida pelo STF (RE n. 420.816, Relator para acórdão Ministro Sepúlveda Pertence).

3. Consideram-se de pequeno valor, para esse efeito, as execuções de a) até sessenta (60) salários mínimos, quando devedora for a União Federal (Lei n. 10.259/2001, art. 17, § 1º); b) até quarenta (40) salários mínimos ou o estabelecido pela legislação local, quando devedor for Estado-Membro ou o Distrito Federal (ADCT, art. 87); e c) até trinta (30) salários mínimos ou o estabelecido pela legislação local, quando devedor for Município (ADCT, art. 87).

4. Sendo a execução promovida em regime de litisconsórcio ativo facultativo, a aferição do valor, para os fins do art. 100, § 3º, da Constituição, deve levar em conta o crédito individual de cada exequente (art. 4º da Resolução n. 373, de 25.05.2004, do Conselho da Justiça Federal).

5. Recurso especial provido.”

Aliás, em decisão recente tenho assentado:

“Processual Civil. Agravo regimental. Honorários advocatícios. Execução contra a Fazenda, não embargada. Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001.

1. A jurisprudência do egrégio STJ é no sentido de que:

‘Processual Civil. Honorários advocatícios. Execução contra a Fazenda, não embargada. Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001.

1. O art. 4º da MP n. 2.180-35, de 24.08.2001, determina: ‘A Lei n. 9.494, de 10.09.1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos: ‘Art. 1º-D. Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas’.

2. O egrégio STF, no julgamento do RE n. 420.816, em 29.09.2004, declarou, por maioria, a constitucionalidade do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela referida MP n. 2.180-35/2001.

3. Trata-se de norma especial em relação ao art. 20 do CPC. Havendo dispositivo específico, o afastamento da norma genérica é medida que se impõe pela própria sistemática do ordenamento jurídico. Assim, não há que se falar em violação à regra do art. 20 do CPC.

4. A controvérsia **sub examine** deve ser dirimida sob o ângulo da eficácia da lei processual civil no tempo, matéria infraconstitucional de ampla cognição desta Corte.

5. A fixação dos honorários decorre da propositura do processo de conhecimento. Entretanto, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de ser a execução ação autônoma, por isso a fixação de novos honorários em sede de execução, ainda que não embargada. Conseqüentemente, sendo ação autônoma, rege essa sucumbência a lei vigente à data da instauração da execução.

6. **In casu**, evidencia-se que a execução de sentença foi instaurada após o novel regime da MP n. 2.180-35. Destarte, descabe a fixação de honorários advocatícios. Diverso seria o tratamento se a lei surgisse após da imputação da sucumbência, hipótese em que o direito novo não poderia retroagir para atingir o direito adquirido à percepção da verba sucumbencial.

7. Agravo regimental desprovido.' (AgRg no REsp n. 657.911-RS, desta relatoria, DJ 28.03.2005)

2. Nada obstante, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 420.816-PR, declarou a constitucionalidade da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, com interpretação conforme, de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa, contra a Fazenda Pública, *excluídos os casos de pagamento de obrigação definidos em lei como de pequeno valor*.

3. Precedentes jurisprudenciais do STJ: AgRg no REsp n. 657.911-RS, desta relatoria, DJ 28.03.2005 e REsp n. 672.545-SC, deste Relator, julgado em 05.05.2005.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AgRg no REsp n. 669.524-SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 26.09.2005)

Tratando-se de execuções de pequeno valor, de que trata o art. 100, § 3º, da Constituição, não sujeitas a precatório, em relação às quais a Fazenda fica sujeita a honorários nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. Interpretação conforme a Constituição do art. 4º-D da Lei n. 9.494/1997, conferida pelo STF (RE n. 420.816-PR, Relator p/ o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence).

É que consideram-se de pequeno valor, para esse efeito, as execuções de a) até sessenta (60) salários mínimos, quando devedora for a União Federal (Lei n. 10.259/2001, art. 17, § 1º); b) até quarenta (40) salários mínimos ou o estabelecido pela legislação local, quando devedor for Estado-Membro ou o Distrito Federal (ADCT, art. 87), e c) até trinta (30) salários mínimos ou o estabelecido pela legislação local, quando devedor for Município (ADCT, art. 87).

Havendo pluralidade de exequentes por obrigação divisível (litisconsórcio), a aferição do valor, para os fins do art. 100, § 3º, da Constituição, deve levar em conta o crédito individual de cada exequente (art. 4º da Resolução n. 373, de 25.05.2004, do Conselho da Justiça Federal — CJF).

Por esses fundamentos, *dou provimento* ao recurso especial, acompanhando o eminente Relator.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 779.215-SC (2005/0146504-3)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Magali Thais Rodrigues Ledur e outros

Recorrido: DVA Veículos S/A

Advogado: Lúcio José Rubik

EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Compensação. Legislação aplicável.

1. O fato gerador do direito à compensação não se confunde com o fato gerador dos tributos compensáveis. O fato gerador do direito de compensar é a existência dos dois elementos compensáveis (um débito e um crédito) e o respectivo encontro de contas. Sendo assim, o regime jurídico aplicável à compensação é o vigente à data em que é promovido o encontro entre débito e crédito, vale dizer, à data em que a operação de compensação é efetivada. Observado tal regime, é irrelevante que um dos elementos compensáveis (o crédito do contribuinte perante o Fisco) seja de data anterior.

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 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, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2005.

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 05.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial (fls. 95/98) interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 80/84), cuja ementa é a seguinte:

“Tributário. Imposto de renda. Pagamento a maior. Compensação. Possibilidade.

1. Recolhido imposto de renda na forma de antecipações no ano-base de 1991, apurando saldo credor, cabível a compensação dos valores a contar dos recolhimentos mensais do ano-base de 1993.

2. O art. 66 da Lei n. 8.383/1991 aplica-se, também, aos créditos existentes antes de sua vigência” (fl. 84).

Foram parcialmente acolhidos os embargos de declaração opostos para o efeito de prequestionar os arts. 105 e 116 do CTN. No recurso especial, a recorrente aponta ofensa aos arts. 105 e 116 do CTN, porquanto a lei tributária só atinge os fatos geradores ocorridos na sua vigência, não podendo ser compensados os valores indevidamente recolhidos antes da entrada em vigor da Lei n. 8.383/1991. Intimada, a recorrida deixou de apresentar contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. O fato gerador do direito à compensação não se confunde com o fato gerador dos tributos que constituem os elementos da compensação (= um débito e um crédito do contribuinte perante o Fisco). Para que se constitua o fato gerador da compensação e o respectivo direito de compensar é indispensável a existência dos dois elementos compensáveis, sem o

que não se viabiliza o respectivo encontro de contas. Sendo assim, o regime jurídico aplicável à compensação de tributos não é o da data do fato gerador do tributo compensável, mas sim, o vigente à data em que é promovido o encontro entre débito e crédito, vale dizer, à data em que a operação de compensação é efetivada. Observado tal regime, nada impede que haja compensação de tributos cujo fato gerador tenha ocorrido em data anterior à sua instituição. A esse respeito veja-se o acórdão do REsp n. 129.812-RS, (Segunda Turma, Ministro Ari Pargendler, DJ 25.08.1997):

“Tributário. Compensação. Limites em matéria previdenciária. Leis ns. 9.032 e 9.129/1995.

A lei aplicável, em matéria de compensação, é aquela vigente na data do encontro de créditos e débitos, e, por isso, a partir da respectiva publicação, a limitação nela imposta incide e é eficaz; considerando que a sentença é proferida com efeitos a partir da propositura da ação

(omissis)...

Recurso especial conhecido e provido em parte.”

No caso concreto, o regime aplicável era o do art. 66 da Lei n. 8.383/1991, vigente à época, sendo irrelevante, para esse efeito, que um dos elementos compensáveis (o crédito do contribuinte perante o Fisco), seja anterior a tal regime. Assim, é de ser mantido o entendimento adotado pelo acórdão recorrido.

2. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 779.952-RJ (2005/0149106-6)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Marcelo D'alencourt Nogueira e outros

Recorrida: Companhia Engenho Central de Quissaman

Advogados: José Roberto de Albuquerque Sampaio e outros

EMENTA

Processual Civil. Execução fiscal. Penhora sobre numerário de conta-corrente da empresa. Possibilidade. Ordem legal de penhora.

1. “Indicado bem imóvel pelo devedor, mas detectada a existência de numerário em conta-corrente, preferencial na ordem legal de gradação, é possível ao juízo, nas peculiaridades da espécie, penhorar a importância em dinheiro, nos termos dos arts. 656, I, e 657 do CPC” (REsp n. 537.667-SP, Quarta Turma, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 09.02.2004).

2. Recurso especial a que se dá 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, dar 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), 17 de novembro de 2005

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 05.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial (fls. 78/82) interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que, em execução fiscal, deu provimento ao agravo de instrumento visando à reforma da decisão que penhorou saldo da conta-corrente da executada, para que se determine a penhora de outros bens, decidindo, no que importa ao presente recurso, que a) “a simples inobservância do art. 659 do CPC, que determina que a penhora seja feita pelo oficial de justiça competente, já retrata a ilegalidade da decisão ora impugnada” (fl. 69); b) “a ordem legal estabelecida para a nomeação de bens à penhora não tem caráter rígido, devendo sua aplicação atender às circunstâncias do caso concreto, à potencialidade de satisfazer o crédito e à forma menos onerosa para o devedor” (fl. 70), como dispõe o art. 620 do CPC; c) o fato de o devedor não indicar bens à penhora não justifica, num primeiro momento, que a constrição bancária se faça sobre os saldos bancários da empresa, mesmo porque não está esclarecido nos autos de que forma o exequente obteve os dados sobre a conta bancária da empresa, dados estes protegidos constitucionalmente pelo sigilo bancário.

No recurso especial, a recorrente aponta ofensa ao art. 11 da Lei n. 6.830/1980, pois tal dispositivo indica que o primeiro bem a ser penhorado é o dinheiro,

norma essa específica e que deve ser aplicada ao caso. Ao final, requer a reforma do aresto recorrido.

Em contra-razões (fls. 90/99), alega a recorrida, preliminarmente, tratar o conteúdo do recurso de matéria fático-probatória. No mais, pugna pela integral manutenção do julgado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Sem razão a recorrida quanto ao não-cabimento do presente recurso. É que a discussão trazida nos autos não demanda o revolvimento do suporte fático probatório, mas somente a interpretação de dispositivo de Lei Federal.

2. Quanto à aplicação do art. 11 da Lei de Execuções Fiscais, o acórdão recorrido refere que foi determinada pelo Juiz **a quo** a penhora de numerário em conta-corrente em razão da ausência de indicação de bens pela executada. Irresignada, a executada recorreu da decisão alegando que possui inúmeros bens aptos a garantir o juízo, o que afasta a possibilidade de se penhorar seu movimento bancário. O Tribunal, por sua vez, entendeu que a ordem legal estabelecida para a nomeação de bens à penhora “não tem caráter rígido, devendo sua aplicação atender às circunstâncias do caso concreto, à potencialidade de satisfazer o crédito e à forma menos onerosa para o credor” (fl. 70). Contudo, esta Corte tem se manifestado no sentido de admitir a penhora sobre numerário de conta-corrente por entender que essa é preferencial na ordem legal de gradação. Nesse sentido:

“Agravamento regimental. Processual Civil. Execução. Penhora. Dinheiro. Possibilidade.

A jurisprudência desta Corte encontra-se pacificada no sentido de que ‘indicado bem imóvel pelo devedor, mas detectada a existência de numerário em conta-corrente, preferencial na ordem de gradação, é possível ao juízo, nas peculiaridades da espécie, penhorar a importância em dinheiro, nos termos dos arts. 656, I, e 657 do CPC’ (REsp n. 537.667-SP).

Agravamento regimental improvido” (AgRg no Ag n. 563.721-RS, Quarta Turma, Ministro Barros Monteiro, DJ 10.10.2005).

“Agravamento regimental. Recurso especial não admitido. Decisão monocrática. Art. 557 do Código de Processo Civil.

1. ‘Indicado bem imóvel pelo devedor, mas detectada a existência de numerário em conta-corrente, preferencial na ordem legal de gradação, é

possível ao juízo, nas peculiaridades da espécie, penhorar a importância em dinheiro, nos termos dos arts. 656, I, e 657 do CPC' (REsp n. 537.667-SP, Quarta Turma, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 09.02.2004). Ainda nesse sentido: REsp n. 509.762-SP, Quarta Turma, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 06.10.2003'. Estando a decisão monocrática, proferida na origem, em harmonia com a jurisprudência desta Corte, não está caracterizada, nesse caso, a ofensa ao art. 557 do Código de Processo Civil.

2. Agravo regimental desprovido" (AgRg no Ag n. 556.366, Terceira Turma, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 1º.07.2005).

Não foi esse o entendimento adotado pelo acórdão recorrido, que deve ser reformado.

2. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a decisão proferida pelo MM. Juiz **a quo**.

É o voto.
