



Jurisprudência da Primeira Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 323.116 — RS (2000/0075293-2)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS
Procuradores: Patricia Lima Batista Rodrigues e outros
Agravado: KKK Comércio de Vestuário Ltda
Advogados: Berto Rech Neto e outros

EMENTA

Agravo regimental — Condenação da Fazenda Pública — Honorários advocatícios — Base de cálculo: Valor da condenação x valor da causa — Art. 20, § 4º do CPC.

1. Vencida a Fazenda Pública a fixação dos honorários advocatícios deve observar o disposto no § 4º do art. 20 do CPC com os temperamentos da parte final do § 3º do mesmo artigo. O percentual estabelecido deverá incidir sobre o valor da condenação. Esta interpretação prestigia o trabalho do causídico e evita o esvaziamento da condenação honorária. Precedentes.

2. A Súmula n. 07/STJ, veda o reexame de “apreciação equitativa”. Havendo condenação, o juiz fixa o percentual honorário com base nas alíneas do art. 20, § 3º, do CPC. Este percentual incide sobre o valor da condenação.

3. Fixar valores irrisórios para os honorários de sucumbência é, na realidade, condenar a parte vitoriosa. Com efeito é de se presumir que essa parte contratou com seu patrono, honorários compatíveis com a praxe forense, vale dizer: entre 10% e 20%.

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, 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 José Delgado e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 06 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ de 02.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O regimental dirige-se à decisão que, após reconsideração, conheceu do agravo e deu provimento ao recurso especial.

O agravante reclama de que haveria aplicação da Súmula n. 182-STJ, pois não houve combate a todos os fundamentos da decisão de fl. 137. Alega que, também, incidiria a Súmula n. 07-STJ.

Por fim, sustenta que o § 4º do art. 20 do CPC, não impõe base de cálculo, assim, pode-se considerar tanto o valor da causa, quanto o da condenação.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): De início, afaste-se a Súmula n. 182-STJ. A questão dos honorários foi prequestionada. Basta a simples leitura do acórdão recorrido, para verificar que a questão debatida foi enfrentada pelo Tribunal **a quo**.

De resto, os argumentos lançados pelo agravante estão todos rebatidos na decisão agravada. Confira-se:

“Vencida a Fazenda Pública a fixação dos honorários advocatícios deve observar o disposto no § 4º, do art. 20, do CPC com os temperamentos da parte final do § 3º do mesmo artigo. O percentual estabelecido deverá incidir sobre o valor da condenação. Confirmam os precedentes:

‘Processual Civil. Restituição de indébito. Sucumbência. Honorários advocatícios. Valor da condenação. CPC, art. 20, §§ 3º e 4º.

1. O percentual dos honorários advocatícios, de regra, incide sobre o valor da condenação e não da causa. Em sendo sucumbente a Fazenda Pública, embora com submissão ao critério legal da fixação sobre o valor da condenação, quanto ao percentual, o juiz considera as disposições do § 4º, art. 20, CPC.

2. Embargos acolhidos.’ (EREsp n. 77.932/Milton);

No mesmo sentido: AgRg no Ag n. 255.935/Eliana; AgRg no Ag n. 388.865/Delgado, dentre outros.

Esta interpretação prestigia o valor laboral do causídico e evita o esvaziamento da condenação honorária.

Frise-se que, **in casu**, não há reexame de provas. A Súmula n. 07-STJ, veda o ingresso na ‘apreciação equitativa’ que, em observância às alíneas do § 3º do art. 20 do CPC, poderá fixar percentual a incidir inexoravelmente no valor da condenação. Neste sentido:

‘Processual Civil. Recurso especial. Verba honorária. Fazenda Pública. Incidência. Valor da causa ou da condenação. Matéria exclusivamente de direito. Súmula n. 07 do STJ. Não-incidência.

1. A matéria referente aos honorários advocatícios implica revolvimento de matéria fática quando diz respeito à revisão do julgado quanto ao grau de zelo do profissional, ao lugar de prestação do serviço, à natureza e à importância da causa, ao trabalho realizado pelo advogado ou ao tempo exigido para o seu serviço (§ 3º do art. 20 do CPC).

2. No caso, o tema tratado é exclusivamente de direito, uma vez é questionado tão-somente se, nas ações em que for vencida a Fazenda Pública, o **quantum** fixado a título de verba honorária deve incidir sobre o valor da condenação ou da causa, pelo que não incide o óbice da Súmula n. 07 do STJ.

3. Agravo regimental improvido.’ (AgRg no Ag n. 353.522/Laurita).” (Fls. 189/190)

Em havendo condenação, o juiz fixa o percentual honorário com base nas alíneas do art. 20, § 3º, do CPC. Este percentual recairá, inexoravelmente, sobre o valor da condenação.

Nem poderia ser de outra forma. Em verdade, reduzir à irrisão o valor dos honorários de sucumbência é — na realidade — condenar a parte vitoriosa. Com efeito, é de se presumir que tal parte haja contratado com seu patrono, honorários compatíveis com a praxe forense; vale dizer: entre 10 e 20 por cento.

Nego provimento ao regimental.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 402.146 — SC (2001/0168041-3)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Sadia Concórdia S/A Indústria e Comércio

Advogados: Joel Anastácio e outros

Agravada: Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A — Celesc

Advogados: Lycurgo Leite Neto e outros

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Ação de repetição de indébito. Comprovantes de pagamento indevido. Juntada. Necessidade. Documentos essenciais à propositura da ação. Ausência.

I - Esta Corte Superior tem posicionamento assente no sentido de que é essencial a comprovação do recolhimento, bem como do valor recolhido indevidamente, para o ajuizamento da ação repetitória de indébito.

II - A questão acerca da inexistência dos documentos necessários à propositura da ação vem sendo discutida desde a sentença, havendo manifestação expressa do Tribunal de origem sobre o mesmo tema, de modo que inexistente o motivo para que esta Corte Superior o examine.

III - Agravo regimental 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 unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, 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), 03 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto por Sadia Concórdia S/A Indústria e Comércio contra decisão por mim proferida no processo em epígrafe, pela qual dei provimento ao recurso especial aviado pelas Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A — Celesc, por entender necessária a comprovação do recolhimento indevido para o ajuizamento de ação de repetição de indébito.

Sustenta a agravante, em síntese, que a juntada de documentos à propositura da ação deveria ter sido requerida pelo juízo singular, o qual entendeu tratar-se a balda meramente de matéria de direito, tendo julgado antecipadamente a lide. Acrescenta, ainda, que o pano de fundo da controvérsia seriam as Portarias ns. 38 e 45, do DNAEE, ambas de 1986, já reconhecidas por esta Corte Superior como ilegais, razão a ratificar a desnecessidade de comprovação do pagamento das tarifas de energia elétrica pela autora, podendo o valor a repetir ser apurado em fase de execução de sentença. Ao final, colaciona precedente deste STJ para respaldar sua tese (REsp n. 232.275/SP Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 29.04.2002).

Em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Apesar dos argumentos expendidos pela agravante, não vejo como modificar o decidido.

Com efeito, a alegação de que caberia apenas ao juiz singular averiguar a necessidade ou não de juntada de documentos à instrução da exordial não procede ante o que preceituam os arts. 283 c.c. 295, I e parágrafo único c.c. 267, IV e § 3º, todos do Diploma Processual Civil, se não, vejamos:

“Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”.

“Art. 295. A petição inicial será indeferida:

I - quando for inepta;

(omissis)

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;

II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

III - o pedido for juridicamente impossível;

IV - contiver pedidos incompatíveis entre si”.

“Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

(**omissis**)

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

(**omissis**)

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”.

Realmente, a apreciação acerca da ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, aí se incluindo a inépcia da inicial, pode dar-se em qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo o julgador, inclusive, conhecer de tal matéria **ex officio**.

No caso dos autos, ademais, a questão sobre a necessidade de se instruir a inicial com os comprovantes de recolhimento da taxa de energia elétrica vem sendo tratada desde a sentença, tendo o Colegiado **a quo** exarado acórdão em que expressamente se refere a este tema, inexistindo, pois, empecilho a que esta Corte Superior sobre ele se manifestasse.

No que se refere ao precedente deste STJ, colacionado pela agravante a fim de respaldar sua tese, **in casu**, o REsp n. 232.275/SP, de relatoria do eminente Ministro Francisco Peçanha Martins, publicado no DJ de 29.04.2002, igualmente não vislumbro razão nos argumentos da recorrente.

Assim restou ementado o referido **decisum, litteris**:

“Processual Civil e Administrativo — Repetição do indébito — Tarifa de energia elétrica — Majoração — Portarias DNAEE ns. 38 e 45/1986 — Ilegitimidade — Decretos-Leis ns. 2.283 e 2.284, de 1986 — Prescrição vintenária — Pagamento não espontâneo — Erro no recolhimento — Prova desnecessária — Precedentes.

— É ilegítima a majoração da tarifa de energia elétrica determinada pelas Portarias ns. 38 e 45/1986 do DAAEE, tendo em vista o congelamento estabelecido pelos arts. 35 e 36, respectivamente, dos Decretos-Leis ns. 2.283 e 2.284, de 1986. O mesmo não ocorre, porém, a partir da edição da Portaria n. 153/1986 do DAAEE.

— Não sendo a Eletropaulo, empresa fornecedora de energia elétrica, entidade paraestatal, não se aplica a prescrição quinquenal, sujeitando-se as suas dívidas passivas ao prazo vintenário.

— *A restituição das quantias pagas indevidamente a título de tarifa de energia elétrica não depende da comprovação do erro no recolhimento, por isso que se trata de pagamento não espontâneo, ficando o usuário sujeito a juros de mora e a corte de energia se não efetuar o pagamento até o vencimento.*

— Recurso especial conhecido e provido, invertidos os ônus da sucumbência”. (Grifou-se)

Como se pode depreender da leitura da parte destacada, a desnecessidade de prova tratada naquele julgado se referia a *erro no recolhimento* e não ao recolhimento em si, o qual certamente fora provado, não se prestando, assim, tal precedente a infirmar os fundamentos da decisão ora agravada no sentido da juntada dos comprovantes de pagamento da taxa em questão ser necessária à propositura da ação.

Finalmente, a tese da agravante de que se trataria a controvérsia meramente de matéria de direito, podendo o **quantum** a ser restituído ver-se apurado em sede de execução, não se coaduna com o posicionamento desta Corte Superior, a qual entende pela inviabilidade da ação de repetição de indébito quando não comprovado se houve o pagamento bem como o quanto se pagou, não se podendo postergar esta comprovação para a fase de liquidação de sentença.

Nessa linha, cito o seguinte precedente, **in verbis**:

“Processual Civil. Ação de repetição de indébito. Fundo Nacional de Telecomunicações. Juntada de documentos essenciais à propositura da ação pós a réplica. Afronta ao art. 283 do CPC.

I - Segundo a lei (art. 283 do CPC), ‘com a inicial, a parte juntará os documentos indispensáveis à propositura da ação’.

II - Na repetição de indébito, a indispensabilidade da documentação é manifesta para se saber ‘se houve pagamento (de tributo) indevido e quanto se pagou. Sem essa comprovação, a ação é inviável. E sendo o documento indispensável à propositura da demanda, curial é que se não pode postergar a sua juntada, na fase de liquidação.

(**omissis**)

V - Recurso provido. Decisão unânime”. (REsp n. 87.227/SP, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 20.09.1999, p. 37)

Ainda acerca da indispensabilidade da comprovação do recolhimento indevido para se ajuizar a repetitória, colaciono os julgados a seguir:

“Processual Civil. Petição inicial. Pedido de sentença constitutiva e mandamental.

1. Se a parte formula, inicialmente, pedido para que lhe seja entregue sentença com força constitutiva ou mandamental, com efeitos tributários (desoneração de recolher tributos, compensação e repetição de indébito), está obrigada a juntar a documentação comprobatória de suas alegações, isto é, dos valores dos tributos recolhidos.

2. Extinção do processo que se prestigia, em face do correto indeferimento da petição inicial.

3. Recurso conhecido, porém, improvido”. (REsp n. 397.364/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 05.08.2002, p. 209)

“Processual Civil. Repetição de indébito. Contribuição previdenciária. Administradores e autônomos. Nulidade do acórdão. Inocorrência. Recolhimento da exação. Necessidade de comprovação;

1. A fundamentação do acórdão, embora sucinta, clara e precisa, não implica sua nulidade. Preliminar rejeitada.

2. A teor do art. 283/CPC, a inicial deve ser acompanhada dos documentos indispensáveis ao ajuizamento da ação.

3. É imprescindível a comprovação do pagamento do tributo indevido ou a maior, para haver a sua restituição.

4. Recurso especial improvido”. (REsp n. 119.475/PR, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 04.09.2000, p. 135)

Ante o exposto, não conseguindo a agravante infirmar os fundamentos da decisão agravada, *nego provimento* ao presente agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 465.331 — DF (2002/0119333-0)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Admo S/A Construtora e Administradora de Mão-de-Obra

Advogados: Luiz Alberto Bettiol e outros

Agravada: Fazenda Nacional

Procuradores: Sérgio Moacir de Oliveira Espíndola e outros

EMENTA

Processo Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Precatório complementar. Juros de mora. Não-incidência. Prazo constitucional.

I - No RE n. 298.616/SP o STF ratificou entendimento segundo o qual a União não incorre em mora quando cumpre o estabelecido na Constituição Federal, ou seja, a apresentação do precatório até 1^a de julho e pagamento até o final do exercício seguinte.

II - O aludido entendimento tem alcance tanto para o primeiro precatório, como para o precatório complementar ou suplementar, porquanto, na hipótese do primeiro precatório ter sido pago no prazo constitucional, o resíduo inflacionário, decorrente do período de julho até o pagamento no exercício seguinte, ensejaria um novo precatório, desta feita suplementar, todavia não havendo falar de mora da União quando mais uma vez cumprido o prazo constitucional.

III - Frise-se, por oportuno, que esta sistemática de precatório complementar teve vigência até a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 30/2000, que passou a estabelecer que os precatórios apresentados até 1^a de julho serão pagos até o final do exercício seguinte, “quando terão seus valores atualizados monetariamente.” A partir de então os precatórios complementares perderam sua razão de ser, uma vez que o período de julho até o pagamento no exercício seguinte restava corrigido por esta nova sistemática. Observe-se que até então o precatório complementar era necessário porquanto o valor do débito era corrigido em 1^a de julho do exercício anterior àquele em que seria efetuado o pagamento, ficando da atualização do débito até o seu pagamento sem qualquer correção, o que dava ensejo para o suplemento.

IV - Tanto na sistemática anterior, quanto na posterior à EC n. 30/2000, os juros moratórios só serão devidos quando incorrer a União em mora configurada no descumprimento dos prazos delimitados na **Lex Mater**.

V - Precedentes deste STJ.

VI - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provi-

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

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

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ de 24.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto pela Admo S/A Construtora e Administradora de Mão-de-Obra, contra a decisão de fl. 105.

Naquela decisão, seguindo a jurisprudência mais recente desta Casa, entendi que não incidem juros de mora no precatório complementar, desde que respeitado o prazo constitucional.

A agravante, inconformada, afirma que: “não somente o período entre a expedição do precatório complementar e seu efetivo pagamento se encontra em discussão, mas sim, todo o tempo existente entre o pagamento do primeiro precatório e do segundo precatório.”

Afirma que somente após a expedição do precatório complementar é que não se faz necessária a incidência de juros de mora.

Pugna pela reforma do **decisum**.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em 17.09.2002, o Recurso Extraordinário n. 305.186/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, publicado no DJ de 18.10.2002, Seção I, p. 49, decidiu que não são devidos juros moratórios no período compreendido entre a data de expedição e a do efetivo pagamento de precatório judicial, no prazo constitucionalmente estabelecido, à vista da não-caracterização, na espécie, de inadimplemento por parte do Poder Público.

O referido acórdão restou assim ementado, **verbis**:

“Ementa: constitucional. Crédito de natureza alimentar. Juros de mora entre a data da expedição do precatório e a do efetivo pagamento. CF, art. 100, § 1º (redação anterior à EC n. 30/2000).

Hipótese em que não incidem juros moratórios, por falta de expressa previsão no texto constitucional e ante a constatação de que, ao observar o prazo ali estabelecido, a entidade de direito público não pode ser tida por inadimplente.

Orientação, ademais, já assentada pela Corte no exame da norma contida no art. 33 do ADCT.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Naquele julgado, ficou estabelecido que a União não incorre em mora quando cumpre o estabelecido na Constituição Federal, ou seja, a apresentação do precatório até 1^o de julho e pagamento até o final do exercício seguinte.

O aludido entendimento teria alcance tanto para o primeiro precatório, como para o precatório complementar ou suplementar, porquanto, na hipótese do primeiro precatório ter sido pago no prazo constitucional, o resíduo inflacionário, decorrente do período de julho até o pagamento no exercício seguinte, ensejaria um novo precatório, desta feita suplementar, todavia não havendo falar de mora da União quando mais uma vez cumprido o prazo constitucional.

O novo precatório, por sua vez, também deveria obedecer ao prazo estabelecido no art. 100 da Constituição Federal, sob pena de incorrer a União em mora, dando causa ao pagamento de juros.

Frise-se, por oportuno, que esta sistemática de precatório complementar teve vigência até a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 30/2000, que passou a estabelecer que os precatórios apresentados até 1^o de julho serão pagos até o final do exercício seguinte, “quando terão seus valores atualizados monetariamente.”

A partir de então os precatórios complementares perderam sua razão de ser, uma vez que o período de julho até o pagamento no exercício seguinte restava corrigido por esta nova sistemática.

Observe-se que até então o precatório complementar era necessário porquanto o valor do débito era corrigido em 1^o de julho do exercício anterior àquele em que seria efetuado o pagamento, ficando da atualização do débito até o seu pagamento sem qualquer atualização, o que dava ensejo para o suplemento.

Tanto na sistemática anterior, quanto na posterior à EC n. 30/2000, os juros moratórios só serão devidos quando incorrer em mora a União, mora esta configurada no descumprimento dos prazos delimitados na **Lex Mater**.

No mesmo diapasão os seguintes julgados, **verbis**:

“Processual Civil — Precatório complementar — Juros de mora — Precedentes — Mudança de orientação — Não-incidência.

1. Prequestionadas as teses, ainda que implicitamente, em torno dos dispositivos elencados nos embargos declaratórios, afasta-se a alegada infringência ao art. 535 do CPC.

2. O STF, no RE n. 305.186-5/SP, inovou posicionamento no sentido de que, sendo devedor o Poder Público, não se lhe pode imputar a mora, para fins de incidência dos respectivos juros, caso tenha sido observado o prazo estabelecido no art. 100, § 1º, da CF para o adimplemento do precatório judicial.

3. Mudança de entendimento da Relatora em face da ratificação daquele julgado pelo Plenário do STF, no RE n. 298.616/SP, a partir do qual consolidou-se a jurisprudência nas duas Turmas daquele Tribunal (Primeira Turma: REs ns. 311.642/PR, 307.351/SP e 298.974/SP e Segunda Turma: RE n. 370.084/RS e AI n. 397.588/RS).

4. Jurisprudência pacificada em torno da não-inclusão de expurgos inflacionários em precatório complementar (EREsp n. 163.681/RS, dentre outros).

5. Recurso especial improvido.” (REsp n. 509.741/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 08.03.2004, p. 218)

“Processo Civil. Recurso especial. Precatório complementar. Juros de mora. Não-incidência.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 298.616-0/SP, consoante voto-condutor proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, ratificou o entendimento consolidado pela Primeira Turma daquela Corte no RE n. 305.186-5/SP (Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 18.10.2002), delimitando o conteúdo e a extensão do termo “atualização” inscrito no art. 100, § 1º, da Constituição Federal, para afastar a incidência dos juros de mora no período compreendido entre a data da expedição do precatório judicial e a do seu efetivo pagamento.

2. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp n. 462.975/MG, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 22.03.2004, p. 280)

“Recurso especial — Alíneas **a** e **c** — Precatório complementar — Juros de mora — Não-incidência — Ausência de demonstração analítica da divergência jurisprudencial.

O Superior Tribunal de Justiça, em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem entendido ser incabível a incidência dos juros moratórios no precatório complementar pago no período que permeia o dia 1º de julho do ano antecedente (data da inscrição no orçamento das entidades

de direito público) até o final do exercício do ano seguinte (cf. AgRg no REsp n. 41.320/DF, Relator Ministro João Otávio de Noronha, *in* DJ de 09.06.2003 e AA no REsp n. 461.406/DF, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, *in* DJ de 1^a.09.2003).

Dessa forma, efetuado o pagamento por inteiro do débito da Fazenda Pública no lapso temporal previsto, como no caso em apreço, é incabível a inclusão de juros de mora no cálculo do precatório complementar expedido para pagamento da correção monetária relativa ao primeiro precatório.

Recurso especial improvido”. (REsp n. 214.711/DF, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 25.11.2003, p. 264)

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

É o voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 614.537 — SP (2003/0225421-0)

Relator: Ministro José Delgado

Embargante: Brasanitas Empresa Brasileira de Saneamento e Comércio Ltda

Advogados: Ricardo Oliveira Godoi e outros

Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Carlos Renato Silva Souza e outros

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração. Inexistência de irregularidades no acórdão. Pretensão de rediscussão da matéria. Impossibilidade. Desobediência aos ditames do art. 535 do CPC.

1. Inocorrência de irregularidades no acórdão quando a matéria que serviu de base à oposição do recurso foi devidamente apreciada no aresto atacado, com fundamentos claros e nítidos, enfrentando as questões suscitadas ao longo da instrução, tudo em perfeita consonância com os ditames da legislação e jurisprudência consolidada. O não-acatamento das argumentações deduzidas no recurso não implica cerceamento de defesa, posto que ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a

questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas, sim, com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

2. As funções dos embargos de declaração, por sua vez, são, somente, afastar do acórdão qualquer omissão necessária para a solução da lide, não permitir a obscuridade por acaso identificada e extinguir qualquer contradição entre premissa argumentada e conclusão.

3. Enfrentamento de todos os pontos necessários ao julgamento da causa.

4. Pretensão de rejuízo da causa, o que não é permitido na via estreita dos aclaratórios. Não-preenchimento dos requisitos necessários e essenciais à sua apreciação.

5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 8 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 09.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Trata-se de embargos de declaração interpostos contra decisão assim espelhada:

“Tributário. Recurso especial. Contribuição previdenciária. Empresa prestadora de serviço. Retenção de 11% sobre faturas. Art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com a redação da Lei n. 9.711/1998. Nova sistemática de arrecadação mais complexa, sem afetação das bases legais da entidade tributária material da exação. Precedentes.

1. A Lei n. 9.711, de 20.11.1998, que alterou o art. 31 da Lei n. 8.212/1991, não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou

a alíquota, nem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

2. A determinação do mencionado art. 31 configura, apenas, uma técnica de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributárias pela forma de substituição tributária.

3. O procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal, haja vista que, apenas, obriga a empresa contratante de serviços a reter da empresa contratada, em benefício da previdência social, o percentual de 11% sobre o valor dos serviços constantes da nota fiscal ou fatura, a título de contribuição previdenciária, em face dos encargos de lei decorrentes da contratação de pessoal.

4. A prestadora dos serviços, isto é, a empresa contratada, que sofreu a retenção, procede, no mês de competência, a uma simples operação aritmética: de posse do valor devido a título de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de pagamento, diminui deste valor o que foi retido pela tomadora de serviços; se o valor devido a título de contribuição previdenciária for menor, recolhe, ao GRPS, o montante devedor respectivo, se o valor retido for maior do que o devido, no mês de competência, requererá a restituição do seu saldo credor.

5. O que a lei criou foi, apenas, uma nova sistemática de arrecadação, embora mais complexa para o contribuinte, porém, sem afetar as bases legais da entidade tributária material da contribuição previdenciária.

6. Precedentes da Primeira Turma desta Corte Superior.

7. Recurso provido.”

Alega-se, em síntese, que:

a) o acórdão embargado não se manifestou acerca da infração ao art. 128 do CTN;

b) a Turma julgadora entendeu que a retenção dos 11% não se configuraria empréstimo compulsório, não estaria alterando a base de cálculo das contribuições incidentes sobre a folha de salários e que, simplesmente, trata-se de uma nova sistemática de recolhimento destas contribuições;

c) ocorre que, esta nova sistemática (substituição tributária por intermédio de responsabilidade) é permitida com fundamento no art. 128 do CTN, segundo o qual o responsável tributário deve ter vínculo jurídico com o fato gerador da obrigação tributária pela qual é responsável, o que, no caso dos autos, inexistente.

Requer, por fim, a procedência do presente recurso para os fins infirmados, no sentido de apreciar a violação ao art. 128 do CTN.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Os aclaratórios são admissíveis apenas nas hipóteses do art. 535, I e II, c.c. a parte final do art. 536 do CPC, que tratam dos pressupostos de admissibilidade desse tipo de recurso. Os embargos de declaração somente são cabíveis, portanto, quando “houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, dúvida ou contradição”. Não é o que se constata aqui, eis que o aresto embargado enfrentou as questões suscitadas ao longo da instrução, tudo em perfeita consonância com os ditames da legislação civil adjetiva.

Os fundamentos, nos quais se suporta a decisão embargada, apresentam-se claros e nítidos. Não dão lugar, portanto, a omissões, obscuridades, dúvidas ou contradições; daí não ser cabível a interposição destes embargos. A matéria tratada nos autos encontra-se devidamente fundamentada e motivada, com menção aos fatos, à legislação e à jurisprudência sobre o tema. O não-acatamento das argumentações contidas no recurso não implica cerceamento de defesa, uma vez que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide.

Não está obrigado o magistrado a julgar a matéria posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

As funções dos embargos de declaração são, somente, afastar do acórdão qualquer omissão necessária para a solução da lide, não permitir a obscuridade por acaso identificada e extinguir qualquer contradição entre premissa argumentada e conclusão. Não é ambiente para a discussão do mérito da decisão, resume-se em complementar o acórdão, afastando-lhe vícios de compreensão.

O que aconteceu, na verdade, é que não foi a questão decidida conforme planejava a parte recorrente, mas com a aplicação de entendimento diverso. Houve, sim, enfrentamento de todos os pontos necessários ao julgamento da causa, sendo desnecessário tecer comentários sobre determinado dispositivo legal indicado como violado, no caso, o art. 128 do CTN.

Assim, a pretensão da parte embargante é que a matéria, pelo mérito, seja reexaminada. Consigno que esta Corte não pode, nas vias estreitas dos embargos de declaração, rever ou reconsiderar sua decisão.

Por tais razões, rejeito os embargos.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL
N. 618.799 — PR (2003/0230593-8)**

Relator: Ministro José Delgado

Embargante: João Luiz Soares

Advogado: Luiz Adão de Carli

Embargado: Estado do Paraná

Procuradores: César Augusto Binder e outros

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração. Matéria de fundo relativa à verificação do cumprimento de requisitos permissivos de tutela antecipada. Utilização da via aclaratória para fins de rejuízo do mérito. Ausência de fundamentação e indicação de vícios que contaminam o aresto embargado. Impossibilidade de conhecimento.

1. Trata-se de embargos de declaração opostos frente a acórdão que negou provimento a recurso especial que sustentou vulneração ao teor do preceituado pelo art. 535, II, do CPC, além de combater a imposição de multa em sede de embargos de declaração. Alega o embargante que não deve prevalecer o entendimento do Tribunal de origem, que os pressupostos autorizadores do pedido de antecipação de tutela encontram-se presentes e que a manutenção da multa protelatória contrariou o entendimento pacificado na Súmula n. 98-STJ.

2. A via aclaratória não se presta para rediscussão de teses desenvolvidas acerca do mérito e que já foram apreciadas por ocasião do julgamento do recurso especial. Os embargos de declaração utilizados para esse fim desbordam dos limites delineados pelo art. 535, I e II, do CPC.

3. A mera indicação de violação do teor do art. 535, I e II, do CPC, desprovida das razões para que seja anulado o acórdão embargado, é insuficiente para embasar o seu seguimento. Há necessidade de que o

embargante fundamente o seu pedido, apontando especificamente qual vício existe (omissão, obscuridade ou contradição) a macular o julgado proferido.

4. Embargos de declaração não-conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer dos embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 17.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: João Luiz Soares apresenta embargos de declaração (fls. 313/317) em face de acórdão proferido em sede de recurso especial (fls. 297/306), de minha relatoria, assim ementado (fl. 306):

“Processual Civil. Tutela antecipada não concedida em ação de indenização proposta contra a Fazenda Pública. Ausência de pressupostos autorizados. Agravo de instrumento. Manutenção da decisão agravada. Nulidade do acórdão de segundo grau repelida. Omissão não configurada. Multa protelatória em embargos de declaração mantida.

1. Tratam os autos de agravo de instrumento interposto por João Luiz Soares em face de decisão, nos autos de ação de indenização movida contra o Estado do Paraná, que indeferiu tutela antecipada no sentido de suspender a protocolização dos mandados judiciais em que o agravante, oficial de justiça, tivesse de cumpri-los com o uso de veículo de sua propriedade e com recursos próprios. O TJPR negou provimento ao agravo por não constatar a presença dos pressupostos autorizados da tutela. Recurso especial fundamentado na alínea **a** do permissivo constitucional apontando vulneração do art. 535, II, do CPC, alegando-se: a) omissão no acórdão porque não apontou qual lei obriga o oficial de justiça a cumprir os mandados dos juízos criminal e cível

(quando concedida gratuidade judicial) com o uso de veículo de sua propriedade e com recursos próprios; b) ausência de fundamentação do julgado, tendo-se limitado a reportar-se ao parecer do Ministério Público; c) descabimento da multa imposta nos embargos de declaração.

2. A alegada omissão no que diz respeito à não-indicação de lei que obrigue o oficial de justiça a cumprir os mandados com o uso de veículo e recursos próprios, é matéria não condizente com o teor do acórdão recorrido, que examinou, tão-somente, o preenchimento dos pressupostos ensejadores da tutela antecipada. Inexistente o vício destacado, há de ser repelida a apontada vulneração ao teor preceituado pelo art. 535, II, do CPC.

3. Manutenção da multa imposta em sede de embargos de declaração.

4. Recurso especial improvido”.

A embargante argumenta que:

a) os pressupostos autorizadores do pedido de antecipação de tutela encontram-se presentes no caso em tela, porquanto continua o embargante a suportar as despesas de condução para o cumprimento dos mandados judiciais;

b) não deve prevalecer o entendimento do Tribunal de origem que adotou parecer do Ministério Público no sentido de que o perigo de irreversibilidade do provimento é, em se deferindo a tutela, não se garantir o acesso à Justiça do cidadão pobre;

c) o acórdão embargado, quanto à multa protelatória, contrariou terminantemente o entendimento pacificado na Súmula n. 98-STJ.

Finaliza que o presente recurso deve ser conhecido para o fim de, reconhecendo a existência de obscuridade e contradição, proferir nova decisão, deferindo-se a tutela antecipada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Os embargos em apreciação não merecem conhecimento.

Primeiramente, o que se denota no inconformismo analisado é o intento confesso de o embargante utilizar-se da via aclaratória para adentrar novamente no mérito do julgado de segundo grau e do recurso especial, o que desborda dos lindes traçados pelo art. 535, I e II, do CPC. Alega o embargante que não deve prevalecer o entendimento do Tribunal de origem, que os pressupostos autorizadores do pedi-

do de antecipação de tutela encontram-se presentes e que a manutenção da multa protelatória contrariou o entendimento pacificado na Súmula n. 98-STJ.

A via aclaratória não se presta para rediscussão de teses desenvolvidas acerca do mérito que já foram apreciadas anteriormente.

Ainda, a mera indicação de violação ao teor do art. 535, I e II, do CPC, desprovida das razões para que seja anulado o acórdão embargado, é insuficiente para embasar o seu seguimento. Há necessidade de que o embargante fundamente o seu pedido, apontando especificamente qual vício existe (omissão, obscuridade ou contradição) a macular o julgado proferido.

Percebe-se, portanto, a pretensão da embargante de se atribuir efeitos infringentes aos presentes embargos de declaração, hipótese não compatível nesta via.

A função dos embargos é integrativa, tendo por escopo afastar do **decisum** qualquer omissão prejudicial à solução da lide, não permitir a obscuridade identificada e extinguir contradição entre premissa argumentada e conclusão assumida. Não é ambiente que albergue a hipótese de revisitação no mérito.

Postas tais considerações, *não conheço* dos embargos de declaração.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 414.042 — MG (2002/0018054-6)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Centrais Elétricas Brasileiras S/A — Eletrobrás

Advogados: Roberto Araújo Braga e outros

Recorrente: Companhia Força e Luz Volta Grande

Advogados: Alexandre Krueel Jobim e outros

Recorridos: Os mesmos

EMENTA

Administrativo. Intervenção do Estado na propriedade. Empresa exploradora de energia elétrica. Encampação de bens e instalações. Indenização. Código de Águas. Aplicação. Impossibilidade.

I - Sem a fixação de tarifas, de acordo com as regras do Código de Águas inviabilizou-se a mensuração das amortizações, previstas no arti-

go 167 do Decreto n. 24.643/1934, máxime ante a falta de fiscalização e de regulação estatal.

II - Inaplicável o dispositivo de indenização do Código de Águas, ante a falta de elementos suficientes para seu cálculo, resta a aplicação das regras de desapropriação, que eram tidas como válidas antes do Decreto n. 24.643/1934.

III - Recurso especial da Companhia Força e Luz Volta Grande provido.

IV - Recurso especial das Centrais Elétricas Brasileiras S/A — Eletrobras improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki reconsiderando, em parte, o posicionamento anterior, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial de Centrais Elétricas Brasileiras S/A — Eletrobras e, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista) e José Delgado (voto-vista), dar provimento ao recurso especial da Companhia Força e Luz Volta Grande, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki (voto-vista), Denise Arruda e José Delgado (voto-vista). Custas, como de lei.

Brasília (DF), 11 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ de 31.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recursos especiais interpostos pela Companhia Força e Luz Volta Grande e pelas Centrais Elétricas Brasileiras S/A — Eletrobras, o primeiro com fulcro no art. 105, III, **a e c**, da **Lex Mater** e o segundo, com esteio no art. 105, III, **a**, também da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Os presentes recursos decorrem da ação de encampação movida pelas Centrais Elétricas Brasileiras — Eletrobras em face da Companhia Força e Luz Volta Grande.

O julgador na primeira instância deu provimento à ação, determinando a encampação dos bens e instalações vinculados aos serviços públicos de energia elétrica explorados pela Companhia Força e Luz Volta Grande.

Naquela sentença, o julgador entendeu que os bens e instalações a serem encampados, ou seja, aqueles vinculados ao serviço concedido, deveriam ser indenizados tendo como base seu valor histórico, menos a depreciação do bem, de acordo com o art. 167 do Código de Águas. Enquanto que os bens não incluídos no rol da comissão de tombamento seriam indenizados segundo as normas gerais de desapropriação.

Nesse panorama, foi encontrado valor negativo para os bens constantes do rol da comissão de tombamento, ou seja, aqueles objeto da encampação.

O valor negativo encontrado superou o valor dos bens não encampados e que foram avaliados pelas regras gerais de desapropriação. Assim, não foi fixada qualquer indenização em favor da Companhia Força e Luz Volta Grande, sendo condenada nos ônus sucumbenciais.

Frise-se, por oportuno, que o juiz da primeira instância afastou a inclusão da conta de resultados a compensar no cômputo da indenização, sob o argumento de irregularidade na contabilidade da empresa, o que inviabilizaria a constatação do equilíbrio ou desequilíbrio financeiro.

A encimada sentença foi submetida ao Tribunal **a quo**, que a reformou, indicando como fundamento o art. 7^o do Decreto-Lei n. 3.128/1941. Aquela Corte entendeu que os terrenos incorporados à propriedade em serviço, bem como benfeitorias de natureza inalterável, não são passíveis de depreciação, devendo ser indenizados pelo valor de mercado, conforme os valores apurados no laudo pericial.

O Tribunal Regional Federal da 5^a Região entendeu que as tarifas cobradas pela Companhia cobriram todo o investimento feito “de tal modo que todos os bens e instalações vinculados aos serviços de energia elétrica deveriam mesmo ser avaliados pelo mesmo critério determinando utilizar na encampação, cf. parágrafo único do art. 167 do Código de Águas, segundo o qual ‘A indenização será fixada sobre a base do capital que efetivamente se gastou, menos a depreciação e com dedução da amortização já efetuada, quando houver’”.

A ementa do referido julgado foi assim plasmada, **verbis**:

“Constitucional. Administrativo e Processual Civil. Empresa exploradora de energia hidroelétrica desde antes do Código de Águas e da Constituição de 1934. Encampação de bens e instalações vinculados à exploração dos serviços: indenização. Questões processuais.

I - A competência da Justiça Federal para conhecer do pedido é matéria preclusa, cf. acórdão do antigo Tribunal Federal de Recursos. Alegações de inépcia da petição inicial e de impropriedade da ação de encampação impugnadas mediante agravo retido rejeitadas. Preliminar de nulidade da sentença que também se rejeita, por alegado julgamento **ultra petita**, o que não ocorreu na espécie.

II - Tendo a empresa iniciado o aproveitamento de quedas d'água e a respectiva exploração do serviço de energia elétrica antes mesmo da Constituição de 1934, ressalvaram-lhe esta e as Constituições de 1937, de 1946 e 1967, o direito de continuar o respectivo aproveitamento independentemente de concessão ou autorização do Poder Público.

III - O Código de Águas, promulgado dias antes da Constituição de 1934, estabeleceu em seu art. 202 que os particulares e as empresas que explorassem a indústria de energia hidrelétrica, em virtude ou não de contrato, ficariam sujeitos às normas da regulamentação nele consagradas, e o Decreto-Lei n. 2.281, com a redação dada ao seu art. 7^o pelo Decreto-Lei n. 2.430, ambos de 1940, proclamou, como não poderia deixar de ser, em face do texto constitucional, o respeito aos direitos adquiridos sobre as águas públicas, por título legítimo, até a data da promulgação do Código de Águas, direitos que não poderiam, entretanto, ter maior amplitude do que os estabelecidos por lei, no caso de concessão.

IV - O Decreto-Lei n. 3.128, de 1941, mandou fazer o tombamento dos bens das empresas de eletricidade, sem distinção, para apuração dos respectivos investimentos, que serviriam de base à indenização, no caso de reversão ou encampação da concessão, e à determinação das tarifas, previstas no art. 178 do Código de Águas.

V - Submetida a empresa ao regime de tarifas por mais de quarenta anos e que tiveram, entre outras, a finalidade de remunerar o respectivo investimento, segundo o tombamento determinado fazer, segue-se que todos os seus bens, móveis e imóveis, mesmo os havidos antes do aproveitamento do potencial hidrelétrico, ficaram sujeitos à avaliação nos termos do art. 167 do Código de Águas, em face da encampação dos bens e instalações vinculados ao serviço de energia elétrica.

VI - Entretanto, os bens imóveis não são passíveis de depreciação, cf. art. 7^o do Decreto-Lei n. 3.128, razão por que devem ser avaliados pelo valor de mercado, segundo critério estabelecido nas ações de desapropriação.

VII - Agravo retido não conhecido, em parte, e improvido na parte conhecida.

VIII - Apelação provida, em parte”.

As centrais elétricas opuseram embargos de declaração, pleiteando que o Tribunal **a quo** explicitasse que os bens que seriam indenizados com base no valor de mercado seriam apenas os bens imóveis da produção hidráulica, em especial da Fazenda Cachoeira.

O Tribunal, rejeitando os embargos declaratórios, afirmou que o acórdão embargado teria sido claro ao fixar que todos os bens imóveis destinados ao serviço (e não somente os concernentes à geração de energia) seriam indenizados pelo valor de mercado, dado à sua natureza inalterável.

A primeira recorrente, Companhia Força e Luz Volta Grande, alega que o acórdão recorrido violou o art. 7º do Decreto-Lei n. 2.281/1940, com a redação conferida pelo art. 1º do Decreto-Lei n. 2.430/1940, art. 164, II, do Decreto n. 41.019/1957, bem como o Decreto-Lei n. 3.365/1941, além de contrariar acórdão do Supremo Tribunal Federal. Sustenta que o acórdão deve ser reformado para que:

a) O critério a ser considerado para o cálculo da indenização devida seja o da desapropriação, previsto no Decreto-Lei n. 3.365/1941, e não o determinado pelo parágrafo único do artigo 167 do Código de Águas; e

b) seja adicionado ao valor do investimento para o cálculo da indenização devida o valor correspondente ao saldo da conta de resultados a compensar.

Argumenta que não é concessionária de serviço público, assim a indenização deveria ser solucionada unicamente pelas regras da desapropriação.

A segunda recorrente, Centrais Elétricas Brasileiras S/A — Eletrobras, afirma que o acórdão hostilizado violou o art. 535 do CPC, porquanto deixou de apreciar controvérsia submetida à análise daquela Corte.

Sustentou ainda violação ao art. 7º do Decreto-Lei n. 3.128/1941, na parte do acórdão que declarou que todos os bens imóveis, por serem de natureza inalterável, devem ser avaliados pelo valor de mercado, segundo critérios estabelecidos nas ações de desapropriação.

Entende a segunda recorrente que os bens imóveis devem ser avaliados segundo as leis de encampação, incluindo a dedução do valor concernente à depreciação.

O Ministério Público Federal, às fls. 1.200 e seguintes, opina pelo provimento parcial do recurso da Companhia Força e Luz Volta Grande e pelo improvimento do recurso das Centrais Elétricas Brasileiras S/A — Eletrobras.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Os dispositivos infraconstitucionais indicados nos recursos sofreram prequestionamento, ainda que implícito, viabilizando o trânsito dos apelos.

Por primeiro, aprecio o recurso especial da Companhia Força e Luz Volta Grande.

Em 1909, a recorrente, ainda sob a denominação “Vilela e Cia”, adquiriu em hasta pública a fazenda denominada “Cachoeira Alegre”, a qual abrangia duas cachoeiras, o que viabilizou o aproveitamento das quedas d’água para fins de produção de energia elétrica.

Em 1914, começou a fornecer energia para o setor público mediante contrato com as Prefeituras dos Municípios vizinhos.

O Código de Águas, Decreto n. 24.643/1934, dispôs que o aproveitamento industrial da energia elétrica somente fosse autorizado mediante o regime de concessão.

O mesmo diploma, seguindo orientação constitucional, ressalvou as situações anteriores ao mencionado código.

Não obstante esta constatação, verifico que tal diploma legal estabeleceu sujeição a todas as empresas exploradoras de energia hidrelétrica, inclusive aquelas que não firmaram contrato de concessão, como a recorrente.

Com efeito, transcrevo o artigo 202 do Decreto n. 24.643/1934:

“Art. 202. Os participantes ou empresas que, na data da publicação deste código, explorarem a indústria da energia hidroelétrica, em virtude ou não de contratos, ficarão sujeitos às normas da regulamentação nele consagradas”.

§ 1º Dentro do prazo de um ano, contado da publicação deste código, deverá ser procedida, para o efeito deste artigo, a revisão dos contratos existentes.

§ 2º As empresas que explorarem a indústria da energia hidroelétrica, sem contrato porque haja terminado o prazo e não tenha havido reversão, ou por qualquer outro motivo, deverão fazer contrato, por prazo não excedente

de trinta anos, a juízo do Governo, obedecendo-se, na formação do mesmo, às normas consagradas neste código.

§ 3º Enquanto não for procedida a revisão dos contratos existentes, ou não forem firmados os contratos de que trata este artigo, as empresas respectivas não gozarão de nenhum dos favores previstos neste código, não poderão fazer ampliações ou modificações em suas instalações, nenhum aumento nos preços, nem novos contratos de fornecimento de energia”.

Nesse panorama, observa-se que a recorrente, contrariamente ao afirmado no recurso especial, deixou de atender ao manifesto descrito no artigo 149 do referido diploma, dentro do prazo legal, perdendo, assim, a faculdade de permanecer com a exploração dos serviços sem uma concessão.

É do seguinte teor o dispositivo em questão:

“Art. 149. As empresas ou particulares, que estiverem realizando o aproveitamento de quedas d’água ou outras fontes de energia hidráulica, para quaisquer fins, são obrigados a manifestá-lo dentro do prazo de seis meses, contados da data da publicação deste Código, e na forma seguinte:

...omissis.

§ 1º Só serão considerados aproveitamentos já existentes e instalados para os efeitos deste Código, os que forem manifestados ao Poder Público na forma e prazo prescritos neste artigo.

§ 2º Somente os interessados que satisfizerem dentro do prazo legal as exigências deste artigo poderão prosseguir na exploração industrial da energia hidráulica, independentemente de autorização ou concessão na forma deste Código”.

Assim, tem-se como afastada a alegada violação ao Decreto n. 3.365/1941, porquanto, de acordo com os dispositivos acima transcritos, a recorrente estaria adstrita ao Código de Águas e não à lei de desapropriação, conforme pretendia, em face de sua submissão ao regime de concessão.

Nesse panorama, a encampação seria a hipótese a ser aplicada ao caso em comento, como efetivamente ocorreu.

Resta saber se a indenização descrita no art. 167 do Código de Águas, foi validamente aplicada para a hipótese.

O mencionado dispositivo prevê:

“Art. 167. Em qualquer tempo ou em época que ficarem determinadas no contrato, poderá a União encampar a concessão, quando interesses públicos relevantes o exigirem, mediante indenização prévia.

Parágrafo único. *A indenização será fixada sobre a base do capital que efetivamente se gastou, menos a depreciação e com dedução da amortização já efetuada quando houver*". (Grifou-se)

O valor da amortização deve ser calculado com base nos valores das tarifas, conforme dispõe o Código de Águas:

"Art. 178. No desempenho das atribuições que lhe são conferidas, a Divisão de Águas do Departamento Nacional da Produção Mineral fiscalizará a produção, a transmissão, a transformação e a distribuição de energia hidroelétrica, com o triplice objetivo de: (redação dada pelo Decreto-Lei n. 3.763, de 25.10.1941)

- a) assegurar serviço adequado;
- b) fixar tarifas razoáveis;
- c) garantir a estabilidade financeira das empresas.

Parágrafo único. Para a realização de tais fins, exercerá a fiscalização da contabilidade das empresas. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 3.763, de 25.10.1941)

Art. 180. Quanto às tarifas razoáveis, alínea **b** do art. 178, o Serviço de Águas fixará, trienalmente, as mesmas:

I - sob a forma do serviço pelo custo, levando-se em conta:

- a) todas as despesas e operações, impostos e taxas de qualquer natureza, lançados sobre a empresa, excluídas as taxas de benefício;
- b) as reservas para depreciação;
- c) a remuneração do capital da empresa.

II - Tendo em consideração, no avaliar a propriedade, o custo histórico, isto é, o capital efetivamente gasto, menos a depreciação;

III - conferindo justa remuneração a esse capital;

IV - vedando estabelecer distinção entre consumidores, dentro da mesma classificação e nas mesmas condições de utilização do serviço;

V - tendo em conta as despesas de custeio fixadas, anualmente, de modo semelhante.

Art. 181. Relativamente à estabilidade financeira de que cogita a alínea **c** do art. 178, além da garantia do lucro razoável indicado no artigo anterior, aprovará e fiscalizará especialmente a emissão de títulos".

Observam-se ainda os critérios definidos no Decreto n. 41.019/1957, pelo que transcrevo, por relevantes, os seguintes artigos, **verbis**:

“*Art 54.* As pessoas naturais ou jurídicas, concessionárias de serviços de energia elétrica, são obrigadas a organizar e manter atualizado o inventário de sua propriedade em função do serviço (art. 44), desde que:

a) explorem, para quaisquer fins, quedas d’água de potência superior a cento e cinquenta quilowatts;

b) explorem quedas d’água de qualquer potência para produção de energia elétrica destinada a serviços públicos, de utilidade pública ou ao comércio de energia;

...omissis

Art 55. O inventário deverá ter sua interpretação facilitada por um esquema das instalações existentes, e descreverá a propriedade da forma mais detalhada e discriminada possível, grupada sob títulos correspondentes aos nomes das contas sob as quais figurar na contabilidade do concessionário, e indicará o custo histórico de cada uma de suas partes (art. 61).

Parágrafo único. A organização do inventário obedecerá às instruções que forem expedidas pela Divisão de Águas.

Art 56. O inventário inicial deverá ser apresentado à fiscalização quando as obras dos projetos aprovados terminarem e forem verificadas para fim de aprovação e determinação do investimento respectivo (art. 121).

Parágrafo único. A fiscalização verificará a existência, nos lugares indicados pelo inventário, das diversas partes competentes da propriedade, cujas características e demais indicações serão comparadas com as registradas pelo inventário.

...omissis

Art 59. O montante do investimento será determinado com base no custo histórico da propriedade em função de indústria, e será expresso em moeda nacional.

Parágrafo único. Entende-se por custo histórico a importância real e comprovadamente gasta pelo concessionário e registrada na sua contabilidade.

...omissis

Art 61. O custo histórico da propriedade inventariada será verificado pela fiscalização, mediante exame da contabilidade da empresa e dos comprovantes dos débitos que formarem aquele custo.

...omissis

Art 62. O investimento reconhecido servirá de base ao cálculo da indenização, no caso de reversão ou encampação, e à determinação das tarifas pelas quais os concessionários cobrarão os serviços que prestarem, quando se tratar de energia destinada à venda.

§ 1º O montante do investimento inicial será determinado por ocasião da aprovação das obras e instalações (art. 121) e do inventário (art. 56).

§ 2º As alterações posteriores serão determinadas nas tomadas de contas (art. 29).”

Art 89. Findo o prazo da concessão reverte para a União ou para o Estado, conforme o domínio a que estiver sujeito o curso d’água, toda a propriedade do concessionário em função de seu serviço de eletricidade (art. 44).

Parágrafo único. Quando o aproveitamento da energia hidráulica se destinar a serviços públicos federais ou estaduais, a propriedade de que trata o presente artigo reverterá:

a) para a União, tratando-se de serviços públicos federais, qualquer que seja o proprietário da fonte de energia utilizada;

b) para o Estado, tratando-se de serviços estaduais, em rios que não sejam do domínio federal, caso em que reverterão à União;

Art 90. Nos contratos de concessão serão estipuladas as condições de reversão, que poderá ser com ou sem indenização.

Art 91. No caso de reversão com indenização, esta será prévia e no montante do investimento (art. 58), na base do custo histórico reconhecido, deduzidos:

a) as importâncias fornecidas pelo Poder Público, como contribuições para a construção, aquisição ou ampliação da propriedade em função do serviço, e as contribuições a que se refere o art. 144;

b) os saldos das reservas para depreciação e reversão e da conta de resultados a compensar;

Parágrafo único. Revertida a propriedade em função do serviço, os saldos dos Fundos de Reversão e Compensação dos Resultados ficarão livremente disponíveis pelo concessionário.

Da encampação

Art 93. A qualquer tempo da concessão, ou nas épocas que ficarem determinadas no contrato, e quando interesses públicos relevantes o exigirem, a

União poderá encampar a concessão, mediante prévia indenização em moeda corrente.

§ 1º A indenização será equivalente ao montante do investimento reconhecido (art. 58), pelo seu custo histórico, deduzidos:

I - no caso de concessão reversível com indenização, os saldos das reservas para depreciação e reversão, e da conta de resultados a compensar;

II - nos demais casos, dos saldos das reservas para depreciação e amortização, e da conta de resultados a compensar;

III - em ambos os casos, das contribuições a que se refere a alínea **a** do art. 91.

§ 2º Encampada a concessão, ficarão livremente disponíveis pelo concessionário os saldos dos Fundos de Reversão e Compensação de Resultados”. (Grifou-se)

Observe-se que tais dispositivos impuseram à Divisão de Águas uma fiscalização sobre as empresas concessionárias, justamente para viabilizar a encampação ou reversão dos serviços para a União. Esta fiscalização nunca ocorreu, não tendo sido também fixados os valores das tarifas aludidas no art. 178 do Código de Águas.

Observe-se que tais tarifas têm importância crucial para a composição da indenização, no sistema do Código de Águas e no Decreto n. 41.019/1957.

Sem a fixação de tarifas, de acordo com as regras do Código de Águas, mitigou-se a mensuração das amortizações, máxime ante a falta de fiscalização e de regulação, conforme susomencionado.

A recorrente, de fato, não estava integrada ao sistema do serviço pelo custo, aludido no art. 180 do Decreto n. 24.643/1934, segundo o qual o valor das tarifas deveria ser fixado em valor razoável, de forma a remunerar o investimento feito e compensar as despesas com a exploração do serviço.

Nesse panorama, inaplicável o dispositivo de indenização do Código de Águas, restando então a aplicação das regras de desapropriação, que eram tidas como válidas antes do Decreto n. 24.643/1934.

Frise-se, por oportuno, que a recorrente não teve seus contratos de fornecimento de energia elétrica revisados conforme o art. 202 do Código de Águas, incidindo então o teor do art. 1º do Decreto-Lei n. 5.764/1943, que dispôs sobre a situação contratual das empresas de energia elétrica, **verbis**:

“Art. 1ª Enquanto não forem assinados os contratos a que se referem os arts. 202 do Código de Águas e 18 do Decreto-Lei n. 852, de 11 de novembro de 1938, os direitos e as obrigações das empresas de energia elétrica, coletivas ou individuais, continuarão a ser regidos pelos contratos anteriormente celebrados, com as derrogações expressas na presente lei”.

Em hipóteses semelhantes, o Supremo Tribunal Federal, chegou à seguinte solução:

“Encampação. Fixação do valor dos bens da concessionária. Impossibilidade, por falta de elementos, de apurar-se o valor nos termos do art. 167, parágrafo único, do Código de Águas. Legitimidade da aplicação das normas da desapropriação para fixar-se à indenização justa, pela falta de previsão no contrato, ou de acordo entre concessionária e autoridade. Correção monetária. Fixada a indenização devida à concessionária, nos termos do DL n. 3.365/1941, pela encampação, a concessão da correção monetária, nos termos da Lei n. 4.686/1965, não nega vigência a direito federal e não justifica o recurso extraordinário (Súmula n. 400). Recurso nao conhecido”. (RE n. 75.930/GO, Ministro Rodrigues Alckmin, DJ de 08.03.1974)

Quanto à inconformação da recorrente acerca da não-inclusão na indenização da conta de resultados a compensar, também vislumbro procedência na inconformação da recorrente, porquanto, na medida em que não foram fixadas as tarifas pela fiscalização, não deve o particular arcar com o prejuízo de não ver incluído no cômputo indenizatório tal conta.

Sobre o assunto, destaco trecho do parecer do MPE, **verbis**:

“Além disso, o v. acórdão negou a adição da conta de resultados a compensar à indenização devida à recorrente, sob o argumento de que sua contabilidade era irregular. Ocorre, no entanto, que a contabilidade da empresa deveria ter sido fiscalizada pela Divisão de Águas do Departamento Nacional da Produção Mineral, conforme o art. 178 do Código das Águas, o que não foi feito. Houve, desta forma, violação ao art. 164 do Decreto n. 41.019/1957, na medida em que não foram fixadas as tarifas pela fiscalização, devendo ser adicionado referido valor à indenização devida”.

Passo a analisar o recurso especial das Centrais Elétricas Brasileiras S/A — Eletrobras.

Inicialmente verifico não ter havido a alegada violação ao art. 535 do CPC.

A recorrente, quando opôs embargos declaratórios, pugnou para que o Tribunal **a quo** saneasse obscuridade referente à abrangência empregada à indeniza-

ção. Buscou pronunciamento da Corte Regional no sentido de restringir o critério de indenização pelo valor de mercado, apenas para os bens que faziam parte da geração de energia elétrica.

O Tribunal Regional, ao analisar a questão, rejeitou os embargos, tecendo os seguintes comentários:

“De qualquer sorte, convém sublinhar que o acórdão foi claro ao reformar em parte a sentença, declarando que os bens imóveis não poderiam ser depreciados, tendo em vista o disposto no art. 7^o, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 3.128/1941, **ad litteram**:

‘Os terrenos incorporados à propriedade em serviço, bem como qualquer outra parte da mesma, como benfeitorias etc. de natureza inalterável, não serão considerados passíveis de depreciação.’

O transcrito dispositivo legal veda a depreciação de quaisquer bens imóveis destinados ao serviço, (e não somente à geração de energia), dada a sua natureza inalterável”.

Clarividente então que a obscuridade alegada pela recorrente, então embarçante, restou completamente saneada.

Também não alcançam melhor sorte as Centrais Elétricas na parte do acórdão que declarou que todos os bens imóveis, por serem de natureza inalterável, devem ser avaliados pelo valor de mercado, segundo critérios estabelecidos nas ações de desapropriação, porquanto esta condenação, conforme os argumentos antes explicitados, foi confirmada e ampliada, para entender que toda a indenização deve ser procedida de acordo com as regras da desapropriação.

Tais as razões expendidas, *dou provimento*, conforme o acima explicitado ao recurso especial da Companhia Força e Luz Volta Grande e *nego provimento* ao recurso especial das Centrais Elétricas Brasileiras S/A — Eletrobras.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: O eminente Relator, após o desenvolvimento das razões que entendeu aplicáveis ao caso ora examinado, deu provimento ao recurso da Companhia Força e Luz Volta Grande e negou provimento ao interposto pelas Centrais Elétricas Brasileiras S/A.

Ouso divergir.

Os fatos que motivaram a lide em exame, em fase recursal, foram descritos pela Companhia Força e Luz Volta Grande, no recurso apresentado, do modo seguinte (fls. 1.044/1.050):

“Em 1909, a ora Recorrente, sob a denominação de ‘Vilela e Cia’, adquiriu, em hasta pública, a fazenda denominada ‘Cachoeira Alegre’, a qual abrangia a cachoeira existente em sua sede e outra na foz do rio Alegre e sua confluência com o rio Paraíba. Em 1911, iniciou o aproveitamento das quedas d’água de sua propriedade para fins de produção de energia elétrica, a qual, em um primeiro momento, era distribuída para os colonos que trabalhavam nas fazendas.

Posteriormente, a Recorrente passou a investir grande parte do seu capital na aquisição e instalação de bens de produção e transmissão de energia, de forma que, em 1914, começou a fornecer energia elétrica para o setor público, mediante contrato celebrado com a Prefeitura de determinados Municípios. Em setembro de 1925 firmou novos contratos nos mesmos termos, ratificando o anterior.

Ou seja, a partir do ano de 1914, a ora Recorrente já explorava industrialmente os potenciais hidráulicos existentes em suas propriedades, mediante bens e instalações adquiridos por capital por ela investido. Ressalte-se que, sob a égide da Constituição de 1891, o direito à exploração do aproveitamento hidráulico se apoiava no direito de propriedade.

Com o advento do Código de Águas — Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934 —, bem como da Constituição Federal de 16 de julho do mesmo ano, a exploração das usinas hidrelétricas passou a ser gerida pela União, sendo instituído o regime de concessão de serviços públicos. Porém, para as pessoas que, como a Recorrente, já exploravam tal atividade, tais normas previam procedimentos específicos, de forma a viabilizar a adequação da nova ordem às situações jurídicas constituídas anteriormente, assegurando os direitos adquiridos.

Com efeito, o art. 119 e § 6º da CF/1934 dispunham:

‘Art. 119. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.

§ 6º *Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d’água já utilizadas industrialmente na data desta Constitui-*

ção, e, sob esta mesma ressalva, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.’ (Grifamos)

Redação praticamente idêntica tinha o art. 139 do Código de Águas, **in verbis**:

Art. 139. O aproveitamento industrial das quedas d’água e outras fontes de energia hidráulica, quer do domínio público, quer do domínio particular, far-se-á pelo regime de autorizações e concessões instituído neste Código.

§ 1^a *Independem de concessão ou autorização os aproveitamentos das quedas d’água já utilizadas industrialmente na data da publicação deste Código, desde que sejam manifestados na forma e prazos prescritos no art. 149 e enquanto não cesse a exploração; cessada esta, cairão no regime deste Código.*

Já o art. 149, que previa o manifesto de aproveitamento das quedas d’água, preconizava:

Art. 149. As empresas ou particulares, que estiverem realizando o aproveitamento de quedas d’água ou outras fontes de energia hidráulica, para quaisquer fins, são obrigadas a manifestá-lo dentro do prazo de seis meses, contados da data da publicação deste Código, e na forma do seguinte:

(omissis)

§ 2^a Somente os interessados que satisfizerem, dentro do prazo legal, as exigências deste artigo poderão prosseguir na exploração industrial de energia hidráulica, independentemente de autorização ou concessão na forma deste Código.’

Em razão das determinações constantes nos mencionados dispositivos, a ora Recorrente apresentou, dentro do prazo legal, o ‘Manifesto S/A n. 800’, de 06.04.1935, e permaneceu, por mais de quarenta anos, como fornecedora (e não concessionária) e distribuidora de energia elétrica para os Municípios antes citados, dentre outros.

Em 19 de março de 1941, foi editado o Decreto-Lei n. 3.128, o qual determinava (arts. 1^a a 3^a) que as pessoas físicas ou jurídicas, que explorassem quedas d’água para produção de energia destinada a serviços públicos, fizessem o levantamento geral de sua propriedade, sob a forma de inventário (tombamento de bens), para que a Divisão de Águas possa determinar-lhes o respectivo investimento. Este investimento, conforme parágrafo único do art.

5º deste diploma, 'é que servirá de base ao cálculo da indenização, no caso da indenização, no caso de eventual reversão ou encampação, e à determinação das tarifas pelas quais os concessionários cobrarão os serviços que prestarem, quando se tratar de energia elétrica destinada à venda.'

Para que as determinações constantes do referido decreto-lei fossem efetivadas, o mesmo deveria ser regulamentado, como previsto em seu art. 8º, o que ocorreu em 1957, com o advento do Decreto n. 41.019, de 26 de fevereiro (arts. 54 a 62) e, somente com este diploma, surgiu a obrigatoriedade das *concessionárias* de serviços públicos darem cumprimento às normas previstas no DL n. 3.128/1941.

O regulamento também determinava, em seus arts. 89 a 93, a encampação e a reversão dos bens ao final da concessão, a qual poderia ser realizada com ou sem indenização: a reversão seria com indenização e no montante do investimento reconhecido se as tarifas recebidas durante o período de concessão não amortizassem o custo do investimento feito e, sem indenização em caso contrário, mas, de qualquer forma, tal cláusula deveria necessariamente constar nos contratos de concessão, para que pudesse ser aplicada (art. 88, alínea **a**) — frise-se que a União jamais celebrou contrato de concessão com a Recorrente e, tampouco, efetuou a revisão dos contratos anteriormente celebrados com os Municípios, permanecendo estes, portanto, inteiramente válidos.

Em qualquer caso, porém, será devido à concessionária a compensação dos resultados, consoante art. 93, § 2º, do Decreto n. 41.019/1957, sobretudo em função da garantia da remuneração do capital investido, prevista no art. 164 do mesmo diploma.

Em 16 de novembro de 1982, foi editado o Decreto n. 87.810, mediante o qual foi decretada a encampação dos serviços, e autorizada a Eletrobras — ora recorrida — a promover os atos necessários à efetivação da medida. Em consequência, em 11.06.1985, foi ajuizada a presente ação objetivando, além da encampação do serviço decretada, a concessão de liminar para imissão provisória na posse dos bens e 'o *retorno*, por sentença, dos bens encampados à União Federal, considerando-se indenizada a Suplicada de todos os investimentos realizados bem como de todos os direitos a que se julgue detentora (...).' (Grifamos)

Com efeito, considerou a Recorrida estar a Recorrente indenizada dos investimentos feitos, requerendo, nesse contexto, a transferência dos seus bens para o patrimônio da União Federal nos termos do DL n. 3.128/1941 e Decre-

to n. 41.019/1957, porque partiu da premissa (equivocada) de estar a Recorrente submetida integralmente ao regime de concessão inaugurado em 1934, inclusive quanto ao critério para a indenização devida ao final do período de concessão.

O cálculo da indenização devida, que resultou em saldo negativo no valor de 2.101,0999 ORTNs, foi elaborado em 1977 pela Comissão de Tombamento do DNAEE (laudo anexo à petição inicial), nos termos do parágrafo único do art. 167 do Código de Águas, segundo o qual 'A indenização será fixada sobre a base do capital que efetivamente se gastou, menos a depreciação e com dedução da amortização já efetuada, se houver', tendo o laudo sido baseado na documentação contábil da Recorrente, a qual encontrava-se inteiramente irregular.

Ou seja, a Comissão de Tombamento, com base em contabilidade irregular, imprecisa e omissa, utilizou o critério de indenização acima, considerando que as tarifas por ela recebidas durante o período em que foi fornecedora de energia, além de remunerarem o serviço prestado, teriam coberto o custo do investimento feito, o que justificaria a transferência à União Federal da propriedade dos bens e instalações, bem como o saldo negativo de indenização apurado.

O r. juízo monocrático concedeu medida liminar para imissão provisória na posse, ao que se seguiu a apresentação de contestação pela ora Recorrente, alegando, em síntese:

— Incompetência da Justiça Federal para apreciar e julgar causa proposta por sociedade de economia mista (o r. juízo monocrático rejeitou tal alegação, tendo sido interposto agravo de instrumento, ao qual também foi negado provimento pelo egrégio Tribunal Federal de Recursos);

— a inépcia da inicial por conter diversos vícios insanáveis, dentre eles a falta de depósito prévio da indenização devida, conforme previsto no art. 167, **caput**, do Código de Águas e no art. 13 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 (o r. juízo monocrático rejeitou tais alegações, tendo sido interposto agravo retido nos autos);

— a conversão da ação de encampação em ação de desapropriação, conforme art. 295 do CPC, de forma que o critério a ser utilizado para o cálculo da indenização devida fosse o mesmo das desapropriações (justa indenização), previsto no Decreto n. 3.365/1941 (o r. juízo monocrático rejeitou tais alegações, tendo sido interposto agravo retido nos autos); e

— no mérito, requereu fosse rejeitado o critério para a indenização utilizado pela Comissão de Tombamento, sendo aplicado aquele previsto nas desapropriações (justa indenização com base no valor venal dos bens, nos termos do Decreto n. 3.365/1941), pelo fato de (i) a recorrente não estar submetida ao regime de concessão, de forma que eventual transferência de propriedade para a União Federal somente poderia ser realizada mediante desapropriação; (ii) a Comissão de Tombamento não dispunha de elementos precisos para efetuar o cálculo com base no art. 167, parágrafo único, do Código de Águas.

Após a apresentação da réplica e do laudo pericial, foi proferida sentença julgando procedente o pedido da Eletrobras para acolher o critério para indenização utilizado pela Comissão de Tombamento, o qual considerou que as tarifas remuneraram o custo do investimento, e que, portanto, poderia ser realizada a reversão dos bens à União sem qualquer indenização, aliás, com saldo negativo de indenização. Apenas no tocante ao valor dos bens que não foram incluídos neste laudo, a r. sentença determinou que fossem utilizadas as normas atinentes à desapropriação, para estabelecer o valor da respectiva indenização. Em vista disso, o saldo negativo, que era de 2.101,0999 ORTNs, passou a ser de 296,49 ORTNs.

O v. acórdão ao apreciar e julgar a apelação interposta pela ora Recorrente, afastou a alegação de incompetência da Justiça Federal, pelo fato de a questão já ter sido apreciada pelo egrégio Tribunal **a quo**, em sede de agravo de instrumento e negou provimento às questões suscitadas no agravo retido.

No mérito, manteve a r. sentença quanto à procedência da encampação efetuada e do critério utilizado para a apuração da indenização devida, qual seja o do parágrafo único do art. 167 do Código de Águas. Entretanto, deu parcial provimento ao recurso de apelação, para que não fosse considerada a depreciação na apuração da indenização do valor dos bens imóveis, na forma do parágrafo único do art. 7^o do Decreto-Lei n. 3.128/1941. Para melhor ilustrar os termos em que foi proferida esta decisão, cabe transcrever sua ementa, que é bastante elucidativa:

“Constitucional. Administrativo e Processual Civil. Empresa exploradora de energia hidroelétrica desde antes do Código de Águas e da Constituição de 1934. Encampação de bens e serviços: indenizações. Questões processuais.

I - A competência da Justiça Federal para conhecer do pedido é matéria preclusa, cf. acórdão do antigo Tribunal Federal de Recursos.

Alegações de inépcia da petição inicial e de impropriedade da ação de encampação impugnadas mediante agravo retido rejeitadas. Preliminar de nulidade da sentença que também, se rejeita, por alegado julgamento **ultra petita**, o que não ocorreu na espécie.

II - Tendo a empresa iniciado o aproveitamento de quedas d'água e a respectiva exploração do serviço de energia elétrica antes mesmo da Constituição de 1934, ressalvaram-lhe esta e as Constituições de 1937, de 1946 e 1967, o direito de continuar o respectivo aproveitamento independentemente de concessão ou autorização do Poder Público.

III - O Código de Águas, promulgado dias antes da Constituição de 1934, estabeleceu em seu art. 202 que os particulares e as empresas que explorassem a indústria de energia hidrelétrica, em virtude ou não de contrato, ficariam sujeitos às normas de regulamentação nele consagradas, e o Decreto-Lei n. 2.281, com a redação dada ao seu art. 7º pelo Decreto-Lei n. 2.430, ambos de 1940, proclamou, como não poderia deixar de ser, em face do texto constitucional, o respeito aos direitos adquiridos sobre as águas públicas, por título legítimo, até a data da promulgação do Código de Águas, direitos que não poderiam, entretanto, ter maior amplitude do que os estabelecidos por lei, no caso de concessão.

IV - O Decreto-Lei n. 3.128, de 1941, mandou fazer o tombamento dos bens das empresas de eletricidade, sem distinção, para apuração dos respectivos investimentos, que serviriam de base à indenização, no caso de reversão ou encampação da concessão, e à determinação das tarifas, previstas no art. 178 do Código de Águas.

V - Submetida a empresa ao regime de tarifas por mais de quarenta anos e que tiveram, entre outras, a finalidade de remunerar o respectivo investimento, segundo o tombamento determinado fazer, segue-se que todos os seus bens, móveis e imóveis, mesmo os havidos antes do aproveitamento do potencial hidrelétrico, ficaram sujeitos à avaliação nos termos do art. 167 do Código de Águas, em face da encampação dos bens e instalações vinculados ao serviço de energia elétrica.

VI - Entretanto, os bens imóveis não são passíveis de depreciação, cf art. 7º do Decreto-Lei n. 3.128, razão por que devem ser avaliados pelo valor de mercado, segundo critério estabelecido nas ações de desapropriação.”

O acórdão de segundo grau entendeu, ao meu ver com acerto, conforme consta na ementa de fls. 1.013/1.014:

“Constitucional. Administrativo e Processual Civil. Empresa exploradora de energia hidroelétrica desde antes do Código de Águas e da Constituição de 1934. Encampação de bens e instalações vinculadas à exploração dos serviços: indenização. Questões processuais.

I - A competência da Justiça Federal para conhecer do pedido é matéria preclusa, cf. acórdão do antigo Tribunal Federal de Recursos. Alegações de inépcia da petição inicial e de impropriedade da ação de encampação impugnadas mediante agravo retido rejeitadas. Preliminar de nulidade da sentença que também se rejeita, por alegado julgamento **ultra petita**, o que não ocorreu na espécie.

II - Tendo a empresa iniciado o aproveitamento de quedas d'água e a respectiva exploração do serviço de energia elétrica antes mesmo da Constituição de 1934, ressalvaram-lhe esta e as Constituições de 1937, de 1946 e 1967, o direito de continuar o respectivo aproveitamento independentemente de concessão ou autorização do Poder Público.

III - O Código de Águas, promulgado dias antes da Constituição de 1934, estabeleceu em seu art. 202 que os particulares e as empresas que explorassem a indústria de energia hidrelétrica, em virtude ou não de contrato, ficariam sujeitos às normas da regulamentação nele consagradas, e o Decreto-Lei n. 2.281, com a redação dada ao seu art. 7º pelo Decreto-Lei n. 2.430, ambos de 1940, proclamou, como não poderia deixar de ser, em face do texto constitucional, o respeito aos direitos adquiridos sobre as águas públicas, por título legítimo, até a data da promulgação do Código de Águas, direitos que não poderiam, entretanto, ter maior amplitude do que os estabelecidos por lei, no caso de concessão.

IV - O Decreto-Lei n. 3.128, de 1941, mandou fazer o tombamento dos bens das empresas de eletricidade, sem distinção, para apuração dos respectivos investimentos, que serviriam de base à indenização, no caso de reversão ou encampação da concessão, e à determinação das tarifas, previstas no art. 178 do Código de Águas.

V - Submetida a empresa ao regime de tarifas por mais de quarenta anos e que tiveram, entre outras, a finalidade de remunerar o respectivo investimento, segundo o tombamento determinado fazer, segue-se que todos os seus bens, móveis e imóveis, mesmo os havidos antes do aproveitamento do potencial hidrelétrico, ficaram sujeitos à avaliação nos termos do art. 167 do Código de Águas, em face da encampação dos bens e instalações vinculadas ao serviço de energia elétrica.

VI - Entretanto, os bens imóveis não são passíveis de depreciação, cf. art. 7º do Decreto-Lei n. 3.128, razão por que devem ser avaliados pelo valor de mercado, segundo critério estabelecido nas ações de desapropriação.

VII - Agravo retido não-conhecido, em parte, e improvido na parte conhecida.

VIII - Apelação provida, em parte”.

Com razão o voto condutor do referido acórdão ao afirmar (fls. 1.001/1.011):

“É bastante intrincada a questão jurídica posta pela apelante no seu recurso, como já o fizera na sua contestação, de que a exploração do potencial hidráulico não decorre de qualquer concessão da União, por isso que a usina e os bens não podiam ser encampados, mas, tendo havido interesse do Estado, deveriam ser desapropriados, porque só o proprietário pode encampar e quem não o é tem de desapropriar.

8. No seu relatório, a Comissão de Tombamento anotou o seguinte: ‘A Cia Força e Luz Volta Grande é a titular da exploração dos serviços de energia elétrica em decorrência do Manifesto S/A n. 800/1935, de 06.04.1935. A sua área de concessão compreende os Municípios de Volta Grande e Estrela Dalva e os Distritos de Valão Quente e Caiapó, no Município de Pirapetinga, todos no Estado de Minas Gerais, e o Distrito de Porto Velho do Cunha pertencente ao Município do Carmo, no Estado do Rio de Janeiro. Fundada sob a denominação social de ‘Villela & Cia’, teve seu ato constitutivo devidamente arquivado na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, sob o n. 2.360, de 20.08.1909 e alterações sob o n. 3.549 de 13.04.1916, 5.247 de 12.05.1921, 11.797 de 22.11.1928, 13.820 de 03.10.1932, 18.959 de 03.06.1940, e 19.279 de 14.10.1940. Em 1963, a Empresa foi transformada em sociedade anônima sob a denominação de Companhia Força e Luz Volta Grande, conforme documento arquivado na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais sob o n. 131.188 de 05.02.1963. O início de suas atividades remonta ao ano de 1911, englobando comércio de ferragens, oficina mecânica, serralheria, usina de beneficiamento de arroz, além dos serviços de energia elétrica. Hoje existe somente a exploração dos serviços energéticos.’ (Fls. 610/611)

9. Na petição inicial, a Autora afirma que a Ré, ora Apelante ‘é delegatária da União Federal — Poder Concedente — na exploração dos serviços públicos de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica nos Municípios de Estrela Dalva, Pirapetinga (só no distrito de Caiapó) e Volta Grande, Estado de Minas Gerais e no distrito de Porto Velho do Cunha, no Município de Carmo, Estado do Rio de Janeiro, em decorrência do manifesto de

usina hidrelétrica — Processo S/A n. 800/1935 — de acordo com o art. 149 do Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas)” (fl. 2).

10. Por essa sua condição jurídica de delegatária da União, no que concerne à exploração dos serviços públicos de energia elétrica, consoante afirmado pela Autora, foi decretada a encampação dos bens e instalações da empresa vinculadas aos referidos serviços, cf. Decreto n. 87.810, de 16 de novembro de 1982, em virtude da qual foi proposta esta ação.

11. A Ré, ora Apelante, não admite sua condição de concessionária ou delegatária da União, pois o aproveitamento das quedas d'água por ela adquiridas se iniciou antes da Constituição de 1934 e do Código de Águas (Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934), afirmando na sua contestação que 'por ocasião da edição do regime jurídico inaugurado pela Constituição de 1934, a empresa tinha uma situação jurídica estabelecida da qual emanavam direitos que a nova lei não podia prejudicar. A própria Constituição de 1934 impunha o respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, consagrando princípio tradicional em nossas Constituições (art. 113, 3, Const. 1934). Só em 1914, em razão do contrato celebrado com a municipalidade de Além Paraíba, é que a empresa se tornou fornecedora de energia elétrica para iluminação pública. Mas, a esta altura, já dispunha de capital, de bens e, ainda, já produzia energia elétrica.' 'Desde logo — continua — não pode haver encampação dos bens que a empresa possuía antes de se tornar fornecedora de energia elétrica diante do contrato celebrado. Assim é porque, quanto a esses bens, o concedente jamais teve domínio útil ou direito. Merece particular exame a situação jurídica das quedas d'água. Ressalte-se que a empresa tem direitos adquiridos por títulos legítimos que devem ser respeitados. A certidão do Sr. Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Além Paraíba informa em transcrição de 29 de março de 1912 que a empresa Ré, reservava uma área de terra de 152.892 m² com uma *cachoeira* na sede da Fazenda e benfeitorias e uma outra área de 11.392 m² na foz do rio Angu e sua confluência com o rio Paraíba com outra cachoeira. (Doc. 7) Assim, a Constituição de 1934 ao inaugurar um novo regime jurídico, ao exigir autorização ou concessão do poder público para o aproveitamento industrial das quedas d'água, separando a propriedade da sua exploração, encontrou a situação jurídica da Ré perfeitamente consolidada: esta já era proprietária a justo título das quedas d'água e as explorava.' (Fls. 553/554)

12. Assim, a Apelante sustenta que a instauração do regime de concessão, nos termos do Código de Águas, em nada alterou seu direito de propriedade, pois continuou proprietária dos bens utilizados no aproveitamento das

quedas d'água, como reafirmado nas razões de apelação. Por essa razão, a empresa não pode ser encampada, mas desapropriada e a indenização, nesse caso, deve ser de todos os bens, sem qualquer depreciação.

IV-b

13. Pois bem. Com o advento da Constituição de 1934, o aproveitamento industrial da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, passou a depender de autorização ou concessão federal, na forma da lei, nos termos do art. 119. Entretanto, o § 6º desse mesmo artigo, estabeleceu que 'não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição...'

14. No mesmo sentido, estabeleceu o Código de Águas que 'as empresas ou particulares, que estiverem realizando o aproveitamento de quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica, para quaisquer fins, são obrigadas a manifestá-lo dentro do prazo de seis meses, contados da data da publicação deste Código ...', cf. **caput** do art. 149, e que 'somente os interessados que satisfizerem, dentro do prazo legal, as exigências deste artigo poderão prosseguir na exportação industrial da energia hidráulica, independentemente de autorização ou concessão na forma deste Código', cf. § 2º desse mesmo artigo.

15. A Constituição de 1937 assegurou idêntico direito, cf. art. 143, § 4º: 'Independente de autorização o aproveitamento das quedas d'água, já utilizadas industrialmente na data desta Constituição'.

16. As Constituições posteriores, de 1946, cf. art. 153, § 2º, **a**, de 1967, cf. art. 161, § 4º e na sua redação introduzida pela Emenda n. 01, cf. art. 168, § 4º, apenas dispuseram que 'Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida', entendendo-se como tal, anota **Pontes de Miranda**, 'a que é necessária para uso doméstico ou de simples serviço auxiliar de fazenda ou sítios, e aquela que constitui a única ou principal energia ou uma das principais de uma indústria'. ('Comentários à Constituição de 1967', Forense, 3ª ed., 1987, p. 288).

17. Portanto, a partir da Constituição de 1946, a desnecessidade de concessão ou autorização era apenas para o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida, mas o art. 21 do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias assegurou que 'Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente a 16 de julho de 1934...'

18. Entretanto, a apelante explorava produção de energia elétrica conforme Manifesto n. 800/1935, de abril de 1935, mencionado no relatório da Comissão de Tombamento, ponto sobre o qual não há discussão, não havendo notícia de qualquer contrato posterior de concessão ou de qualquer posterior autorização da União para referida exploração.

19. Assim, poder-se-ia concluir que não se trata a hipótese de concessão ou autorização, estando a Apelante fora desse regime jurídico, cuja disciplina encontra-se nos arts. 150 e seguintes do Código de Águas.

20. É certo que é exatamente essa disciplina da concessão que permite a reversão de 'todas as obras de captação, de regularização e de derivação, principais e acessórias, os canais adutores d'água, os condutos forçados e canais de descarga e de fuga, bem como a maquinaria para a produção e transformação de energia e linhas de transmissão e distribuição', consoante o disposto no art. 165 e a encampação, cf. art. 167, a dizer: 'Em qualquer tempo ou em época que ficarem determinadas no contrato, poderá a União encampar a concessão, quando interesses públicos relevantes o exigirem, mediante prévia indenização'.

21. É importante observar que os contratos de fornecimento de energia elétrica que se encontram às fls. 590/595, celebrados com a Câmara Municipal de Pirapetinga, não contêm cláusula de reversão dos bens à municipalidade ao expirar-se a avença. Embora considerada concessionária nesse instrumento contratual, a Apelante era apenas fornecedora de energia elétrica à referida municipalidade.

22. Quanto à queda d'água e respectivo potencial hidráulico, é de ver-se que o Código de Águas os declarou bem imóveis distintos e não integrantes das terras em que se encontrem, não abrangendo a propriedade superficial a água e o potencial hidráulico, para efeito de seu aproveitamento industrial, nos termos do seu art. 145. No caso presente, a Apelante, por força do manifesto já mencionado, pôde continuar explorando as quedas d'água existentes em suas propriedades.

23. Em verdade, apenas a Constituição atual, no seu art. 20, item VIII, incluiu entre os bens da União 'os potenciais de energia hidráulica', ou seja, além de se destacar a propriedade das águas dos terrenos por elas banhadas, sendo públicas ou particulares as águas, dependendo de se encontrarem encravadas em terras particulares ou não, o potencial de energia hidráulica ficou destacado também como bem da União, rompendo com o regime até então vigente, que apenas condicionava a exploração desse potencial à sua autorização ou concessão.

24. Em conclusão, o regime jurídico da apelante, mercê das sucessivas disposições constitucionais, em ordem a assegurar o exercício do direito à exploração industrial do potencial hidráulico, independentemente de concessão ou autorização, seria o do Direito Civil, segundo o qual cabe ao proprietário usar, gozar e dispor da coisa que se integre no seu domínio, como irradiação dos direitos inerentes à propriedade, porque rigorosamente não há falar na hipótese dos autos de concessão da União.

25. Esse regime, entretanto, ainda que de Direito Civil, não restaria absoluto, ante os termos do Decreto-Lei n. 2.430, de 19 de julho de 1940, que deu nova redação ao art. 7^o do Decreto-Lei n. 2.281, do dia 05 do mesmo mês e ano, que ficou assim redigido: 'São respeitados os direitos adquiridos sobre as águas públicas, por título legítimo, até a data da promulgação do Código de Águas. Esses direitos, porém, não podem ter maior amplitude do que os estabelecidos por lei, no caso de concessão.'

26. Tal restrição encontrava-se, também, no próprio Código de Águas, que em seu art. 202 dispôs que 'Os particulares ou empresas que, na data da publicação deste Código, explorarem a indústria da energia hidrelétrica em virtude ou não de contratos, ficarão sujeitos às normas da regulamentação nele consagradas'. O § 2^o mandou celebrar contrato de prazo não superior a trinta anos. Neste caso, já se sabe, inexistia contrato de concessão.

Entretanto, mesmo à falta de contrato, porque não podia ter direitos mais amplos que os estabelecidos por lei, no caso de concessão, a Apelante, como exploradora do serviço, se submetia às regras de ordem pública que disciplinam o setor, por força do referido art. 202 e do referido Decreto-Lei n. 2.281, na redação dada pelo de n. 2.430, ambos de 1940, e entre tais regras encontrava-se a do regime tarifário, de extrema importância para a solução desta causa.

27. Com efeito, o art. 178 e seguintes do Código de Águas cometeu à Divisão de Águas do antigo Departamento de Produção Mineral a fiscalização da produção, transmissão, transformação e distribuição de energia hidrelétrica, com o tríplice objetivo de a) assegurar serviço adequado, b) fixar tarifas razoáveis, e c) garantir a estabilidade financeira das empresas, inaugurando-se um sistema de tarifas públicas, que, entretanto, só veio a ser implementado pelo Regulamento dos Serviços de Energia Elétrica, nos termos do Decreto n. 41.019, de 26 de fevereiro de 1957.

28. Em face desse regulamento, as empresas ficaram sujeitas à fiscalização técnica (arts. 15 e seguintes), contábil (arts. 26 e seguintes), e financeira

(arts. 36 e seguintes), além de outras obrigações. Muito, antes, porém, o Decreto-Lei n. 3.128, de 19 de março de 1941, já havia imposto a obrigação, apenas reeditada no referido regulamento, de tombamento dos bens das empresas de eletricidade, sem distinção, para apuração dos respectivos investimentos e que serviriam de base ao cálculo da indenização no caso de eventual reversão, ou encampação da concessão, e à determinação das tarifas, quando se tratar de energia destinada à venda, cf. § 1º do art. 5º do referido decreto-lei. No regulamento, idêntica finalidade foi atribuída ao inventário, pois 'O investimento reconhecido servirá de base ao cálculo da indenização, no caso de reversão ou encampação, e à determinação das tarifas pelas quais os concessionários cobrarão os serviços que prestarem, quando se tratar de energia destinada à venda.'

29. Encontrava-se a Apelante, portanto, submetida ao sistema de tarifa (que afirmou deficitário; fl. 567), que deveria ser fixado segundo o investimento da empresa, nos termos do § 1º do art. 3º do Decreto-Lei n. 3.128, de 1941, e que segundo o art. 178 do Código de Águas tinha a finalidade de assegurar serviço adequado, e garantir a estabilidade financeira das empresas. As tarifas assim deveriam ser fixadas, nos termos do art. 164 do Regulamento:

I - sob a forma do serviço pelo custo;

II - garantindo a remuneração da empresa sobre o investimento remunerável, avaliado pelo seu custo histórico;

III - vedando discriminação entre consumidores dentro da mesma classificação e nas mesmas condições de utilização do serviço'.

30. Em verdade, as tarifas fixadas para remuneração da energia elétrica vendida pela Apelante, ao longo do tempo da exploração do serviço (em condições não mais favoráveis que aquelas fixadas aos concessionários, cf. art. 7º do Decreto-Lei n. 21.281, de 1940), cobriram todo o investimento inicial por ela feito, de tal modo que todos os bens e instalações vinculadas aos serviços de energia elétrica deveriam mesmo ser avaliados pelo mesmo critério determinado utilizar na encampação, cf. parágrafo único do art. 167 do Código de Águas, segundo o qual 'A indenização será fixada sobre a base do capital que efetivamente se gastou, menos a depreciação e com dedução da amortização já efetuada, quando houver'.

IV-d

31. A União decretou a encampação e foi imitada na posse dos bens e das instalações vinculados aos serviços. Esse é um fato irreversível, até porque o

potencial hidráulico, com a Constituição de 1988, passou ao domínio da União. O problema se resolve mesmo em indenização. Para isso, o parágrafo único do art. 167 do Código de Águas, em que se fundamentou o decreto de encampação, dispõe o seguinte:

‘A indenização será fixada sobre a base do capital que efetivamente se gastou, menos a depreciação e com dedução da amortização já efetuada quando houver.’

32. Essa encampação teve como pressuposto a existência de contrato de concessão do serviço público de produção e distribuição de energia elétrica. Nesse caso, a indenização tem como base o capital que efetivamente se gastou, menos a depreciação.

33. Dois fatos são opostos à aplicação desse critério de pagamento pela apelante: a) não existia contrato de concessão e b) os bens e instalações vinculados à exploração do potencial hidráulico já pertenciam à apelante, que só depois do início dessa exploração vendeu energia para as municipalidades antes mencionadas. Por essa razão, a indenização, sustenta-se, não poderia levar em conta os critérios do parágrafo único mencionado, utilizados consoante relatório da Comissão de Tombamento adotado pela r. sentença apelada.

34. Entretanto, o regime de tarifas, fixado sob a forma do serviço pelo custo e que compreende as despesas de exploração e a remuneração do investimento, compensou todo o investimento inicial feito pela empresa, de tal modo que com a encampação nada restou por ser indenizado, segundo concluiu a Comissão de Tombamento, o que foi acolhido pela sentença. Esse regime tarifário vigorou em relação à Ré desde 1941, ou seja, por mais de 40 (quarenta) anos, prazo superior ao de qualquer contrato de concessão, que se considera suficiente para a recuperação do capital investido.

35. Penso, com a devida vênia do seu eminente prolator, que apenas um reparo deve ser feito na r. sentença. É que nos termos do parágrafo único do art. 7º do Decreto-Lei n. 3.128, de 1941, ‘Os terrenos incorporados à propriedade em serviço, bem como qualquer outra parte da mesma, como benfeitorias etc., de natureza inalterável, não serão considerados passíveis de depreciação.’ Portanto, a avaliação realizada pela Comissão de Levantamento não poderia considerar a depreciação dos bens imóveis, porque estes não se depreciavam, consoante critérios geralmente utilizados para as coisas que se desgastam com o tempo. O melhor critério, para bens dessa natureza, é o valor de mercado, tal como considerado pelo perito judicial.

36. Portanto, deve-se afastar a depreciação dos bens imóveis, que deverão ser considerados pelo valor de mercado, consoante fixado no laudo pericial, e de cujo valor será deduzido o saldo negativo apurado pela Comissão de Tombamento, sendo este e aquele devidamente corrigidos.

V

Em face do exposto,

a) não conheço do agravo retido, no que concerne à alegação de incompetência da Justiça Federal, por tratar-se de matéria objeto de decisão transitada em julgado, cf. v. acórdão do antigo Tribunal Federal de Recursos;

b) nego provimento ao agravo retido quanto às demais questões por ele impugnadas;

c) nego provimento à preliminar de nulidade da sentença, e

d) no mérito, dou parcial provimento à apelação, para os fins mencionados no item 36 acima.

Em consequência, ficam revertidos os ônus de sucumbência, ressarcindo-se à Apelante as custas recursais e pagando-lhe a apelada autora os honorários advocatícios, no mesmo percentual fixado na sentença, calculados sobre o valor da indenização a ser paga”.

Isso posto, no tocante ao recurso especial interposto pela Cia Força e Luz Volta Grande, nego-lhe provimento.

Acompanho o Relator quanto ao recurso manejado pelas Centrais Elétricas Brasileiras S/A — Eletrobras, negando-lhe provimento.

É como voto.

VOTO-VISTA

Administrativo. Encampação. Empresa exploradora de energia elétrica desde data anterior ao Código de Águas de 1934. Autorização legal para prosseguir nas atividades independentemente de concessão. Submissão, entretanto, ao regime do Código de Águas, inclusive quanto à encampação e aos correspondentes critérios de indenização. Recursos improvidos.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Duas questões debatidas no recurso da Companhia Força e Luz Volta Grande levaram-me a pedir vista: primeiro, o regime jurídico aplicável para fixar o valor a ser indenizado em decorrência do ato de encampação da recorrente; e, segundo, a inclusão ou não, no citado valor, do

“saldo da conta de resultados a compensar”, reclamado no recurso. Quanto ao primeiro ponto, a alegação da recorrente é que nunca esteve submetida a regime de concessão, de modo que não está sujeita a encampação, e sim a desapropriação, sendo que o entendimento contrário, emitido pelo acórdão recorrido, ofende o art. 7º do Decreto n. 2.281/1940, com a redação dada pelo art. 1º do Decreto n. 2.430/1940, que dispõe: “Art. 7º São respeitados os direitos adquiridos sobre as águas públicas, por título legítimo, até a data da promulgação do Código de Águas. Esses direitos, porém, não podem ter maior amplitude do que os estabelecidos por lei, no caso de concessão”. Ademais, à falta de elementos enunciados no art. 167 do Decreto n. 24.643/1934, para apuração dos valores, a jurisprudência do STF determina que a indenização se calcule segundo o estabelecido para as desapropriações. Quanto ao segundo ponto, sustenta a recorrente que o direito vindicado tem amparo no art. 93, § 2º, do Decreto n. 41.019/1941, a saber: “§ 2º Encampada a concessão, ficarão livremente disponíveis pelo concessionário os saldos dos Fundos de Reversão e Compensação de Resultados”.

2. É fato reconhecido que a recorrente explora potenciais hidráulicos para gerar energia elétrica desde as primeiras décadas do século passado, ou seja, desde antes do advento do Código de Águas instituído pelo Decreto n. 24.643, de 10.07.1934. Ocorre que o art. 202 e seus parágrafos do referido Código assim dispuseram:

“Art. 202. Os participantes ou empresas que, na data da publicação deste código, explorarem a indústria da energia hidroelétrica, em virtude ou não de contratos, ficarão sujeitos às normas da regulamentação nele consagradas.

§ 1º Dentro do prazo de um ano, contado da publicação deste código, deverá ser procedida, para o efeito deste artigo, a revisão dos contratos existentes.

§ 2º As empresas que explorarem a indústria da energia hidroelétrica, sem contrato porque haja terminado o prazo e não tenha havido reversão, ou por qualquer outro motivo, deverão fazer contrato, por prazo não excedente de trinta anos, a juízo do Governo, obedecendo-se, na formação do mesmo, às normas consagradas neste código.

§ 3º Enquanto não for procedida a revisão dos contratos existentes, ou não forem firmados os contratos de que trata este artigo, as empresas respectivas não gozarão de nenhum dos favores previstos neste código, não poderão fazer ampliações ou modificações em suas instalações, nenhum aumento nos preços, nem novos contratos de fornecimento de energia”.

Já a Constituição de 1934 estabeleceu, em seu art. 119 e no respectivo § 6º, o seguinte:

“Art. 119. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.

(omissis)

§ 6º Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d’água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, e, sob esta mesma ressalva, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa”.

As Constituições de 1937 (art. 143, 4º) e a de 1946 (art. 21 do ADCT), reafirmaram a dispensa de autorização para o aproveitamento de quedas d’água já utilizadas industrialmente à data da Constituição de 1934.

3. Resta evidenciado, do exame da evolução legislativa, que a exigência de prévio contrato de concessão como requisito para a exploração de potenciais hidráulicos surgiu com o Código de Águas de 1934. O mesmo Código dispensou tal requisito para as empresas que já estavam em atividade à época. Todavia, é igualmente evidente que a dispensa do ato administrativo de concessão não significou a dispensa do regime jurídico correspondente. Pelo contrário, o sistema implantado no art. 202 e seus parágrafos do Código de Águas, e o próprio dispositivo superveniente, que a recorrente entende violado (art. 7º do Decreto n. 2.430/1940), deixam claro que, apesar de dispensadas do contrato de concessão, as antigas exploradoras ficavam sujeitas “às normas da regulamentação nele consagradas” (art. 202 do Código de Águas). Portanto, o regime jurídico de exploração passou a ser semelhante ao aplicável às novas concessionárias. Os “direitos adquiridos”, preservados pela legislação superveniente, “não podem ter maior amplitude do que os estabelecidos por lei, no caso de concessão”, diz o referido art. 7º do Decreto n. 2.430/1940. Isso significa dizer que, embora não tenha tido suas atividades submetidas a prévio contrato de concessão, é certo que a recorrente ficou submetida, quanto ao mais, ao regime de concessão previsto na legislação superveniente, inclusive, portanto, a submissão a eventual encampação e ao respectivo regime de apuração dos valores indenizatórios.

4. Por outro lado, segundo dispõe o parágrafo único do art. 167 do Código de Águas, “a indenização será fixada sobre a base do capital que efetivamente se gastou, menos a depreciação e com dedução da amortização efetuada, quando houver”. Ora, a existência ou não desses elementos e a apuração dos valores com base neles, independe da existência de um contrato de concessão. No caso, mesmo

dispensada do contrato, a recorrente estava sujeita a regime de cálculo enunciado naquele dispositivo legal.

5. Finalmente, quanto ao “saldo da conta de resultados a compensar”, há insuperáveis óbices para o exame da questão, não apenas porque não foi enfrentada pelo Tribunal de apelação (falta de prequestionamento), como também porque envolve necessariamente exame de prova (Súmula n. 07/STJ), para apurar se existe ou não o alegado saldo.

6. No que se refere ao outro recurso, interposto pela autora Eletrobras, repor-me aos fundamentos do Ministro-Relator para, no particular, acompanhar seu voto.

7. Com essas considerações, nego provimento ao recurso da Eletrobras, acompanhando o voto do Ministro Francisco Falcão, Relator; e nego também provimento ao recurso da Companhia Força e Luz Volta Grande, acompanhando, no particular, o voto do Ministro José Delgado. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 628.568 — RS (2004/0015423-0)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Manzoli S/A Comércio e Indústria

Advogados: Tatiana Hoffmann de Oliveira Gonçalves e outros

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

Tributário. Ação de consignação em pagamento. Pretensão de empresa na adesão de programa de incentivo fiscal estadual. Não-cumprimento de exigências administrativas. Via judicial eleita inadequada. Art. 164 do CTN. Interpretação.

1. É assegurada ao devedor a possibilidade de utilizar-se da ação de consignação em pagamento para exercer o seu direito de pagar o que deve, cumprindo a prestação conforme as previsões legais, em face da recusa do credor em receber o seu crédito sem justa causa.

2. Não se constata a recusa de recebimento dos valores por parte do Fisco, nem a imposição de obrigações administrativas ilegais ou a exigência de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador por mais de uma pessoa de direito público. Trata o caso de pretensão de pessoa jurí-

dica na obtenção de acesso a programa de incentivo fiscal estadual por meio do não-cumprimento integral das exigências administrativas impostas (no caso, o depósito de valor correspondente a 1/120 do total da dívida), socorrendo-se, para tanto, da ação de consignação.

3. Inocorrentes as hipóteses taxativamente previstas no art. 164, incisos I, II e III, do CTN, que dão supedâneo à propositura da ação consignatória, há de se reconhecer a inadequação da via eleita.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 20 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 14.06.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Manzoli S/A Comércio e Indústria interpõe recurso especial (fls. 1.577/1.584) com fulcro no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra v. acórdão (fls. 1.562/1.571) proferido pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 1.566):

“Tributário. ICMS. Consignação em pagamento. Impossibilidade.

As hipóteses de consignação em pagamento são exclusivamente aquelas previstas no art. 164 do CTN, c.c. o art. 38 da LEF. Se a pretensão é a de discutir o **quantum debeatur**, a via processual adequada não é a consignatória. Precedentes jurisprudenciais.

Apelo improvido”.

Tratam os autos de ação de consignação em pagamento ajuizada pela empresa ora recorrente contra o Estado do Rio Grande do Sul com o objetivo de consignar

os valores de prestações estabelecidas pelo programa governamental de recuperação fiscal “Em Dia” criado pelo Decreto Estadual n. 40.145, de 21.06.2000, que exigiu o pagamento de 1/120 (correspondente a R\$ 175.086,20) da suposta dívida tributária, além de estabelecer outras exigências.

A ação foi julgada extinta ao fundamento de que, em matéria tributária, é incabível a ação consignatória, importando em ofensa ao disposto nos arts. 151, II e 164 do CTN, e 9º, I, da Lei de Execuções Fiscais.

Inconformada, apelou a autora e o Colegiado **a quo** desproveu o recurso, à unanimidade, ao entendimento, em síntese, de que as hipóteses de consignação em pagamento estão efetivamente taxadas no art. 164 do CTN e o caso dos autos não se enquadra em nenhuma delas, vez que não houve recusa no recebimento, por parte do Fisco, de quaisquer valores. O fato é que a autora discordou da exigência do depósito inicial (de 1/120 da valor total da dívida) e resolveu consignar a quantia que entendeu ser a correta utilizando-se, para tanto, da via consignatória.

Neste momento, com esteio na alínea **a** do permissivo constitucional, alega a recorrente contrariedade dos seguintes preceitos legais:

— *do CPC*:

art. 267, I (“Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: *I* - quando o juiz indeferir a petição inicial”);

art. 295, parágrafo único, inciso III (“A petição inicial será indeferida: *Parágrafo único*: Considera-se inepta a petição inicial quando: *III* - o pedido for juridicamente impossível”);

— *do CTN*:

art. 164 (“A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:

I - de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;

II - de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal;

III - de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.

§ 1º A consignação só pode versar sobre o crédito que o consignante se propõe a pagar.

§ 2ª Julgada procedente a consignação, o pagamento se reputa efetuado e a importância consignada é convertida em renda; julgada improcedente a consignação no todo ou em parte, cobra-se o crédito acrescido de juros de mora, sem prejuízo das penalidades cabíveis”).

Sustenta, em síntese, que:

a) o CTN disciplina questões especiais para o cabimento da consignatória em matéria tributária com o fito de extinção do crédito tributário na modalidade pagamento, mas isso não significa inibição quanto à utilização da consignatória geral vigorante para hipóteses que não se enquadram naquele Codex;

b) o pedido não é juridicamente impossível em face do art. 164 do CTN;

c) possui o direito de consignar as parcelas incontroversas e, como diverge da outra parte sobre o valor real das prestações concernentes ao cumprimento do acordo decorrente do programa fiscal, a via eleita é perficiente. Além disso, a recusa por parte do Fisco no recebimento dos valores ofertados decorre de lei, sendo desnecessária qualquer prova;

d) este Superior Tribunal de Justiça possui opinião convergente com a sua tese, conforme se constata do REsp n. 66.576/RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 02.02.1998.

Decisão às fls. 1.586/1.587, da lavra do 1ª Vice-Presidente do Tribunal **a quo**, entendendo desnecessária a citação e a intimação da parte recorrida a teor do disposto no art. 296, **caput**, e parágrafo único do CPC, e abrindo vista ao Ministério Público.

Ofertado parecer pelo ilustre representante do *Parquet* Estadual opinando pela inadmissibilidade do apelo extremo nos termos assim sintetizados (fl. 1.590):

“Tributário. Consignação em pagamento. Inconstitucionalidade de decreto. Discussão sobre as exigências para ingresso no programa ‘Em Dia’. Decreto n. 40.145/2000.

Recurso especial. Alínea **a**. Alegação de ofensa aos arts. 267, I, e 295, III, do CPC e ao art. 164 do CTN. Falta de prequestionamento. Súmulas ns. 282 e 356 do STF Implausibilidade manifesta. Precedente do STJ. Inadmissão”.

Juízo negativo de admissibilidade (fls. 1.595/1.597). Determinada a subida do presente especial por força de decisão que conferiu provimento a agravo de instrumento (fl. 1.613).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do presente recurso de modo parcial. Registre-se que os arts. 267, I e 295, parágrafo único, III, ambos do CPC, não foram lançados a debate nem receberam deliberação pela Corte Local, restando carentes, portanto, do necessário questionamento viabilizador do apelo raro.

Assim, sobeja para análise somente a apontada ofensa ao teor do art. 164 do CTN, que assim reza:

“A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:

I - de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;

II - de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal;

III - de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.

§ 1^a A consignação só pode versar sobre o crédito que o consignante se propõe a pagar.

§ 2^a Julgada procedente a consignação, o pagamento se reputa efetuado e a importância consignada é convertida em renda; julgada improcedente a consignação no todo ou em parte, cobra-se o crédito acrescido de juros de mora, sem prejuízo das penalidades cabíveis”.

A respeito, o Tribunal **a quo** bem examinou a questão, manifestando entendimento que merece ser mantido pelos seus próprios fundamentos (fls. 1.568/1.571):

“Após análise das razões deduzidas no apelo, em cotejo com a legislação incidente na espécie, a conclusão é pelo improvimento do recurso.

A situação é a seguinte:

Pretende a Autora através da ação consignatória, depositar os valores que entende devidos ao Fisco, tendo em vista que ao postular o ingresso no programa denominado “Em Dia”, lhe foi exigido o pagamento de 1/120 que corresponde a R\$ 175.086,20, da suposta dívida tributária que teria com o Estado, bem como em discordar com as demais exigências para o ingresso no programa (renúncia ao direito de ação, confissão irrevogáveis dos débitos, autorizar a quebra do seu sigilo fiscal etc...).

Ora, em matéria tributária, as hipóteses de consignação em pagamento são exclusivamente as previstas no art. 164 do CTN, **verbis**:

“Art. 164. A importância do crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:

I - de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;

II - de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal;

III - de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador

(...)”

Como visto do exame dos documentos acostados e das próprias razões da Apelante, não houve efetiva recusa no recebimento de quaisquer valores por parte do Fisco.

O que efetivamente ocorreu é que a Autora discordou da exigência do depósito inicial, de 1/120 e resolveu consignar os valores que entende os efetivamente devidos ao Estado.

Ora, se a demanda consignatória não encontra-se estribada nos requisitos do mencionado dispositivo legal (art. 164 do CTN), o pedido liberatório da obrigação tributária, através da ação consignatória, não pode prosperar, porque o que está estabelecido é uma verdadeira discussão acerca do exato valor devido e, inclusive aquele a ser depositado.

Esse o entendimento que predomina nesta Corte, conforme se verifica das seguintes ementas:

“Tributário. Contribuição de melhoria. Ação consignatória. Discussão acerca do valor devido. Inadmissibilidade.

Em matéria tributária, as hipóteses de consignação em pagamento são exclusivamente aquelas previstas no art. 164 do CTN. Sendo regra especial, prevalece e exclui a regra do art. 973 do Código Civil. Portanto, não é possível obter o efeito liberatório do pagamento de contribuição de melhoria se a divergência está centrada no **quantum debeatur**.

Embargos infringentes desacolhidos. (El n. 70000606624, Relator Desembargador Irineu Mariani).

No mesmo sentido, decisão desta egrégia Segunda Câmara Cível, Relatora a Desembargadora Maria Isabel Azevedo Souza, julgada em 12.05.1999 — AC n. 599118114.

Em matéria tributária, a ação de consignação em pagamento está restrita às hipóteses previstas no art. 164 do CTN. Assim, não é a via processual adequada para desconstituição de lançamento sob fundamento da inconstitucionalidade da Lei Municipal que fixou as alíquotas do IPTU.”

Também tive oportunidade de examinar matéria similar, nos Embargos Infringentes n. 70000296079, como Relatora, decisão assim ementada:

“Embargos infringentes. Consignação de crédito tributário para discussão dos valores cobrados. IPTU. Impossibilidade. Exegese do art. 164 do CTN e art. 38 da LEF. Embargos desacolhidos”.

Tendo em vista que não houve comprovação por qualquer adinículo de prova que seja, da recusa por parte do Fisco, no recebimento dos valores ofertados, o debate sobre o **quantum debeatur**, só é admissível através de ação ordinária e o depósito só poderá ocorrer do montante total devido, uma vez que a autora, ora Apelante, não socorreu-se de nenhuma das possibilidades aventadas pelo art. 164 do CTN.

De ponderar também que, conforme dispõe o art. 38 da LEF, a discussão da dívida só é admissível na execução, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória.

Destarte, incabível a ação consignatória com tal desiderato”.

Da doutrina pátria, colho os ensinamentos sobre o teor do art. 164 do CTN (**Carlos Valder do Nascimento**, in “Comentários ao Código Tributário Nacional”, 3ª ed., Forense, pp. 434/436):

“1. Consideração preliminar

Podem ocorrer pretensões descabidas da administração fiscal quanto à exigência de cumprimento da obrigação principal e acessória por parte do contribuinte. Neste caso, a lei assegura ao sujeito passivo o direito de se resguardar de eventuais abusos que lhe poderão ser impingidos pelo Fisco, mediante ação apropriada, denominada de consignação em pagamento.

Por conseguinte, a norma tributária codificada determina os casos em que a importância relativa ao crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, que são os que a seguir se enumeram:

a) recusa de recebimento, ou subordinação desta ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;

b) subordinação do recebimento ao cumprimento de exigência administrativa sem fundamento legal;

c) exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.

Conforme expresso dispositivo do Código Tributário Nacional, a ação de consignação em pagamento somente pode versar sobre o crédito tributário que o consignante se propõe a pagar, excluídas, portanto, as questões de natureza distinta daquela consignada.

Caso a decisão seja favorável ao autor da demanda, isto é, seja a ação de consignação em pagamento considerada procedente, o pagamento é tido como efetuado e a quantia consignada e transformada ou convertida em renda. Se, ao contrário, a consignação for julgada improcedente no todo ou, em parte, o crédito tributário será cobrado acrescido de juros de mora, independentemente das penalidades cabíveis, em razão do inadimplemento.

2. Noção conceitual

A consignação em pagamento é o procedimento mediante o qual é efetuado o depósito em juízo do débito fiscal. Nesse campo, a via processual é a mais indicada, pois é por onde opera o pagamento da quantia devida. Por esse caminho é que se extingue a relação jurídica obrigacional tributária, ficando o contribuinte desonerado de sua dívida perante a Fazenda Pública, quer municipal, estadual ou federal.

Como se vê, “extinção da dívida opera na hipótese examinada, quando o credor recebe o depósito ou a ação tenha sido julgada por sentença, favoravelmente à autora, com força de coisa julgada”. Os efeitos extintivos da consignação em pagamento se verificam desde o dia do depósito judicial, decretando assim a liberação do devedor.

É da essência da consignatória a litigiosidade, porquanto ao direito de cobrar corresponde ao de pagar. Deveras, o contribuinte “tem o interesse econômico e moral de pagar, tanto pelas repercussões da mora em seu patrimônio e em seu crédito, como pelos incômodos que lhe poderão advir do inadimplemento da obrigação”.

Bernardo Ribeiro de Moraes também não discrepa desse entendimento, ao assinalar, **in verbis**:

“O fundamento da consignação se acha, portanto, no interesse social de facilitar o cumprimento da obrigação e na necessidade de se proteger o legítimo interesse do devedor em obter a liberdade do vínculo. Assim,... embora tenha o efeito de extinguir o crédito tributário, com efeito liberatório, não é pagamento (sentido estrito), mas um pagamento com intervenção judicial”.

3. Aspecto processual

Trata-se de dispositivo meramente de carácter didático encartado no bojo da codificação tributária. De fato, sob a perspectiva de direito material, na verificação em torno das indagações que comportam o pagamento por consignação, a espécie insere-se no contexto do Código Civil. Do ponto de vista estritamente formal a matéria tem tratamento especial nas regras formuladas pelo Código do Processo Civil.

Posição esta sustentada por **Bernardo Ribeiro de Moraes**: “tudo indica que esse instrumento seja mais de Direito Processual Civil, do que de direito substantivo, uma vez que o mesmo serve para o devedor exercer o seu direito de pagar, com o fito de liberar-se do liame obrigacional”.

Consoante dispõe o Código Civil, nos casos previstos na legislação pertinente, poderão devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida. Com efeito, o Código Tributário Nacional confere, igualmente, legitimidade ao terceiro para o ajuizamento dessa ação, ao dispor:

“A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite”.

De observar-se que a delimitação da dívida com a conseqüente quantificação do valor, é imprescindível para que o juiz tenha os elementos propiciadores do exame da pretensão do titular da consignatória à liberação. A discussão gira sempre em torno da existência e do **quantum debeatur**, podendo se dirimir outras ao seu derredor, como tem decidido o Poder Judiciário:

“O pedido, na consignatória, será sempre de liberação da dívida. Para isso decidir, entretanto, haverá o juiz de examinar quantas questões sejam colocadas para que possa verificar se o depósito é integral. Nada impede que controvérsia abranja temas de alta indagação, pertinentes à matéria de fato, ou à interpretação de cláusulas contratuais ou normas legais”.

Vale dizer que a ação consignatória, interposta com o concomitante depósito do montante integral do crédito tributário, suspende a exigibilidade deste, como disciplinado no Código Tributário Nacional. Entretanto, segundo prescrição sumular, “o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro”. Neste caso, fica a Fazenda Pública, após citada de sua propositura, impedida de ajuizar a execução fiscal”.

Verifica-se, **in casu**, que a empresa ora recorrente, não concordando com a exigência (para a adesão ao Programa “Em Dia” do Estado do Rio Grande do Sul) de depósito de 1/120 da sua dívida fiscal (valor que informa ser de R\$ 175.086,20) pretende consignar, de modo continuado, a cada mês, perante o juízo, para o cumprimento possível da norma jurídica estadual (Decreto n. 40.145/2000) 50% de sua receita líquida em favor do Fisco. Os outros 50% serão destinados ao Comitê Gestor do Refis Federal.

A lei tributária, em seu art. 156, VIII, dispõe que uma das modalidades de extinção do crédito tributário é a sua consignação em pagamento. E é o art. 164 que prescreve as hipóteses em que o valor relativo ao crédito tributário pode ser consignado judicialmente pelo sujeito passivo. São estas:

- a) quando houver recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;
- b) em caso de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal;
- c) exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.

O § 1^a assevera que a consignação somente pode versar sobre o crédito que o sujeito passivo da obrigação tributária se propõe a pagar, sendo, portanto, restrito o pedido em questão.

Vale frisar que o pedido, na consignatória, deve ser sempre a liberação da dívida.

Como salienta **Cleide Previtalli Cais**, in “O Processo Tributário” (RT, 3^a ed., 2001, p. 388) “mediante a ação de consignação em pagamento o devedor pode exercer o seu direito de pagar o que deve, cumprindo a prestação conforme as previsões legais, operando a medida como valioso instrumento jurídico contra a recusa do credor em receber seu crédito sem justa causa (hipóteses dos incisos I e II do art. 164), assim como consagrando os limites de competências constitucionalmente asseguradas às entidades políticas autorizadas a tributar (caso do inciso III,

quando mais de uma pessoa jurídica de direito público vem a exigir tributo idêntico, sobre um mesmo fato gerador)”.

Segundo o Mestre **Aliomar Baleeiro** (“Direito Tributário Brasileiro”, 11^a ed., Ed. Forense, RJ, 2003, p. 874):

“No art. 164, temos a consignação judicial da importância desse crédito, como modalidade excepcional de pagamento e, portanto, de extinção da dívida do sujeito passivo.

O pagamento mediante consignação funda-se no pressuposto de que, se o credor tem direito de cobrar, o devedor também tem o direito subjetivo e interesse econômico e moral de pagá-lo, já pelas repercussões da mora em seu patrimônio e em seu crédito, já pelos incômodos que lhe poderão advir do inadimplemento da obrigação.

O Código Civil também o regula nos arts. 972 a 984, mas a admissibilidade dessa medida no Direito Privado é estabelecida em casos nem sempre coincidentes com os do CTN.

A consignação judicial consiste no depósito do objeto da obrigação por parte do devedor perante o juiz, que aprecia a procedência do pedido, ouvindo o credor e, se a reconhece, dá por sentença a quitação que este último recusa”.

Como efeito da consignação, se o juiz a julga procedente e a sentença trânsita em julgado, a importância depositada se converte em renda, ou seja, integra-se na receita pública como se tivesse havido o pagamento normal: fica extinto o crédito tributário, servindo a sentença de quitação.

Como frisado anteriormente, é assegurada ao devedor a possibilidade de utilizar-se da via consignatória para exercer o seu direito de pagar o que deve, cumprindo a prestação conforme as previsões legais, em face da recusa do credor em receber o seu crédito sem justa causa.

Vislumbra-se, porém, que a presente questão não se enquadra em nenhuma das situações delineadas pela lei tributária que dão supedâneo à propositura da ação consignatória. Não se constata a recusa de recebimento dos valores por parte do Fisco, nem a imposição de obrigações administrativas ilegais ou a exigência de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador por mais de uma pessoa de direito público.

O que se verifica é o caso de pretensão de pessoa jurídica na obtenção de acesso a programa de incentivo fiscal estadual por meio do não-cumprimento integral das exigências administrativas impostas (no caso, o depósito de valor correspondente a 1/120 do total da dívida), socorrendo-se, para tanto, da ação de consig-

nação, o que é inviável por total descumprimento ao taxativamente preceituado pelo art. 164, incisos I, II e III, do CTN.

Assim sendo, corroboro, na íntegra, as assertivas desenvolvidas pelas instâncias ordinárias.

Em face do delineado, conheço parcialmente do presente recurso, e nessa parte, *nego-lhe provimento*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 652.874 — PE (2004/0057276-3)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Maria Helena Urbano Ribemboim e outros

Recorrida: Unipauta Formulários Ltda

Advogados: Daniella Medeiros Rêgo e outros

EMENTA

Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Inocorrência. Intimação pessoal do representante da Fazenda Pública. Mandado de segurança. Apelação. Necessidade. Arts. 6º da Lei n. 9.028/1995 e 38 da LC n. 73/1993.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. A intimação pessoal do representante da Fazenda Pública é de rigor, nos feitos em que figura como interessada, autora, ré, assistente, oponente, recorrente ou recorrida, a teor do que dispõe o art. 38 da Lei Complementar n. 73/1993 e art. 6º da Lei n. 9.028/1975.

3. No mandado de segurança, ajuizado em primeira instância, não obstante as informações sejam prestadas pela autoridade coatora, quem tem legitimidade para interpor os recursos cabíveis é o representante da União, razão pela qual deve ser intimado pessoalmente da sentença.

4. É que resta assente na Corte que “A lei do mandado de segurança (Lei n. 1.533/1951, art. 7º, I), em reforço da celeridade — uma das tônicas do instituto — rompeu com a sistemática anterior (Lei n. 191/1936, art. 8º, §1º, e CPC, art. 332, II). Basta, assim, que se ‘notifique’ o órgão coator. O órgão não ‘representa’ a pessoa jurídica. Ele é ‘fragmento’ dela (**Otto von Gierke**). Desse modo, não se pode falar em ‘litisconsórcio necessário’ entre órgão (autoridade coatora) e a pessoa jurídica (ré)” (STJ — Sexta Turma, REsp n. 29.582, Relator Ministro Adhemar Maciel, DJ de 27.09.1993).

5. “(...) O STF decidiu, em caso isolado que: ‘Em tema de mandado de segurança, o coator é notificado para prestar informações. Prestadas estas, sua intervenção cessa. Não tem ele legitimidade para recorrer da decisão deferitória do **mandamus**. A legitimação cabe ao representante da pessoa jurídica interessada’ (Acórdão unânime da Primeira Turma, Relator Ministro Soares Muñoz, RE n. 97.282-9/PA, DJ de 24.09.1992)” (**Hely Lopes Meirelles**, in “Mandado de Segurança”, 20ª ed., p. 97)

6. Precedentes: REsp n. 490.877/RJ, deste Relator, DJ de 29.09.2003; REsp n. 285.806, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 1ª.09.2003.

7. Deveras, impende ressaltar que a divergência existente entre as Turmas de Direito Público desta Corte Superior refere-se tão-somente à necessidade ou não de intimação pessoal da decisão liminar em mandado de segurança, sendo certo que, na hipótese dos autos trata-se da intimação da sentença concessiva do *writ*.

8. Ademais, verifica-se que com a nova redação dada pela Medida Provisória n. 2.180/2001, ao § 4º, do art. 1º, da Lei n. 8.437/1992, determinando que “Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado”, revela-se evidente a necessidade de intimação pessoal das liminares concedidas em sede de mandado de segurança e, com muito mais razão, reforça a imperatividade da intimação da sentença.

9. Recurso especial provido.

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, dar 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), 17 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

DJ de 28.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fulcro no art. 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido em sede de remessa **ex officio** em mandado de segurança, pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

“Tributário. Mandado de segurança. Pendência de recurso administrativo. Certidão negativa de débito. CND. Arts. 206 e 151. CTN. Suspensão da exigibilidade do crédito.

1. É de ser reconhecido ao contribuinte, que está com recurso administrativo pendente junto à Fazenda Nacional, o direito de obter Certidão Positiva com efeito de negativa de débito nos termos do art. 206 c.c. o art. 151 do CTN.

2. Remessa oficial improvida.” (Fl. 181)

Opostos embargos de declaração pela Fazenda Nacional, aduzindo que não foi devidamente intimada da sentença, nos termos do art. 38 da LC n. 73/1993 e do art. 6º da Lei n. 9.028/1995, restaram os mesmos rejeitados, sob os fundamentos assim sintetizados:

“Processual Civil. Embargos de declaração. Mandado de segurança. Sentença. Intimação da autoridade coatora e não da Procuradoria da Fazenda Nacional. Omissão. Inocorrência.

1. A intimação da sentença, em mandado de segurança, deverá ser feita à autoridade coatora e não ao representante jurídico da Fazenda Nacional.

2. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado.

3. Embargos de declaração improvidos.”

Na presente irresignação especial, a Fazenda Nacional sustenta, em síntese, que o acórdão hostilizado negou vigência:

a) ao art. 535, II, do CPC, tendo em vista a rejeição dos embargos de declaração que tinham sido opostos com a finalidade de corrigir **error in procedendo** do acórdão recorrido, haja vista a ausência de intimação pessoal do representante da Fazenda Nacional.

b) ao art. 38 da Lei Complementar n. 73/1993, sob o fundamento de que a intimação do Procurador da Fazenda Pública da sentença proferida em sede de mandado de segurança, deve ser feita pessoalmente, razão pela qual não há cogitar-se da possibilidade de intimação por carta, ainda que registrada.

Contra-razões oferecidas às fls. 213/222, pugnando pelo desprovemento do apelo extremo.

O recurso especial foi admitido na origem, consoante despacho de fl. 239.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, o recurso merece ser conhecido haja vista que a matéria federal foi devidamente prequestionada, muito embora de modo implícito, consoante se colhe do voto condutor dos embargos de declaração:

“Os embargos de declaração previstos nos arts. 535 e 538 do CPC, com a nova redação que lhes foi dada pela Lei n. 8.950, de 13 de dezembro de 1994, têm a sua abrangência limitada aos casos em que haja obscuridade ou contradição ou omissão na sentença ou no acórdão e, por construção pretoriana integrativa, à hipótese de erro material.

Não prospera o argumento da embargante, senão vejamos.

O entendimento majoritário nos tribunais pátrios é de que em caso de mandado de segurança a intimação da sentença deverá ser feita a autoridade coatora a qual se responsabilizará em informar ao seu quadro de procuradores para os devidos recursos.

Ora, consta nos autos, à fl. 170v, a certidão do oficial de justiça indicando ter realizado a intimação da autoridade impetrada, e, portanto, não há o que se falar na falha apontada pela Fazenda Nacional nestes embargos.”

Consectariamente, verifica-se que a alegada violação do art. 535 do CPC, não restou configurada, uma vez que o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes

para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos. Neste sentido, os seguintes precedentes da Corte:

“Ação de depósito. Bens fungíveis. Armazém geral. Guarda e conservação. Admissibilidade da ação. Prisão civil. Cabimento. Orientação da Turma. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Recurso especial. Enunciado n. 07 da Súmula — STJ. Honorários advocatícios. Processo extinto sem julgamento de mérito. Aplicação do § 4º do art. 20, CPC. Equidade. Recurso do banco provido. Recurso do réu desacolhido.

(...)

III - Não padece de fundamentação o acórdão que examina suficientemente todos os pontos suscitados pela parte interessada em seu recurso. E não viola o art. 535-II o aresto que rejeita os embargos de declaração quando a matéria tida como omissa já foi objeto de exame no acórdão embargado.

(...)” (REsp n. 396.699/RS, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 15.04.2002)

“Processual Civil. Decisão una de Relator. Art. 557 do Código de Processo Civil. Inteligência a sua aplicação. Inexistência de omissão no acórdão recorrido. Matéria de cunho constitucional examinada no Tribunal **a quo**.

(...)

3. Fundamentos, nos quais se suporta a decisão impugnada, apresentam-se claros e nítidos. Não dão lugar, portanto, a obscuridades, dúvidas ou contradições. O não-acatamento das argumentações contidas no recurso não implica em cerceamento de defesa, posto que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide.

4. Não está obrigado o Juiz a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes, mas, sim com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

(...)

9. Agravo regimental não provido.” (AgRg no Ag n. 420.383, Relator Ministro José Delgado, DJ de 29.04.2002)

“Processual Civil. Embargos de declaração. Violação ao art. 464, II, do CPC. Inocorrência. Apelação. Decisão por maioria. Recurso especial.

I - Os embargos de declaração possuem finalidade determinada pelo artigo 535 do CPC, e, excepcionalmente, podem conferir efeito modificativo ao julgado. Admite-se também embargos para o fim de prequestionamento (Súmula n. 98 — STJ). Exigir que o Tribunal **a quo** se pronuncie sobre todos os argumentos levantados pela parte implicaria rediscussão da matéria julgada, o que não se coaduna com o fim dos embargos. Assim, não há que se falar em omissão quanto ao **decisum** vergastado, uma vez que, ainda que de forma sucinta, fundamentou e decidiu as questões. O Poder Judiciário, para expressar sua convicção, não precisa se pronunciar sobre todos os argumentos suscitados pelas partes.

(...)

Recurso especial não-conhecido.” (REsp n. 385.173, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 29.04.2002)

A questão posta no presente inconformismo versa a necessidade de intimação pessoal do representante da Fazenda Nacional de sentença concessiva de ordem pleiteada em mandado de segurança impetrado contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal em Recife.

Cumprе assinalar que a intimação pessoal do representante da Fazenda Pública é de rigor, no feitos em que figura como interessada, autora, ré, assistente, oponente, recorrente ou recorrida, a teor do que dispõem, respectivamente, o art. 38 da Lei Complementar n. 73/1993 e art. 6º da Lei n. 9.028/1995, **verbis**:

“Art. 38. As intimações e notificações são feitas nas pessoas do Advogado da União ou do Procurador da Fazenda Nacional que officie nos respectivos autos.”

“Art. 6º A intimação de membro da Advocacia Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente.

§ 1º O disposto neste artigo se aplica aos representantes judiciais da União designados na forma do art. 69 da Lei Complementar n. 73, de 1993.”

Por sua vez, é cediço que na ação mandamental, integram a relação jurídica processual o sujeito ativo ou impetrante, que é o titular do direito líquido e certo; o sujeito passivo, que é a autoridade coatora, que se manifesta em nome da pessoa jurídica à qual se encontra vinculada e o Ministério Público, que integra o **mandamus** na qualidade de **custos legis**.

A autoridade coatora, por seu turno é notificada para prestar as informações necessárias ao deferimento ou indeferimento da liminar pleiteada. Acaso o pedido de liminar seja indeferido, o rito mandamental prossegue normalmente com a oiti-

va do Ministério Público, mas sem a intervenção do procurador da Fazenda até ser proferida a sentença concessiva ou denegatória da segurança.

Ademais, é assente na jurisprudência que “A lei do mandado de segurança (Lei n. 1.533/1951, art. 7º, I), em reforço da celeridade — uma das tônicas do instituto — rompeu com a sistemática anterior (Lei n. 191/1936, art. 8º, §1º, e CPC, art. 332, II). Basta, assim, que se ‘notifique’ o órgão coator. O órgão não ‘representa’ a pessoa jurídica. Ele é ‘fragmento’ dela (**Otto von Gierke**). Desse modo, não se pode falar em ‘litisconsórcio necessário’ entre órgão (autoridade coatora) e a pessoa jurídica (ré)” (STJ — Sexta Turma, REsp n. 29.582, Relator Ministro Adhemar Maciel, DJ de 27.09.1993).

Consectariamente, em não havendo litisconsórcio, tem-se que a parte é a entidade pública a que pertence a autoridade coatora, de regra, carente de **legitimação ad processum**, tese que reforça a necessidade de intimação da pessoa de direito público para recorrer, máxime à luz da novel Carta Federal que privilegia sob a fórmula pétrea a ampla defesa, o contraditório e o *due process of law*.

No escólio de **Hely Lopes Meirelles**, in “Mandado de Segurança”, 20ª ed., p. 97:

“A interposição dos recursos pode ser feita pelos impetrantes, impetrados, Ministério Público, litisconsortes (não confundir com simples assistentes), terceiros prejudicados, bem como pela entidade a que pertencer o coator, sempre que concedida a segurança ou a liminar, porque sobre ela recairão os encargos da condenação ou da suspensão do ato.

O STF decidiu, em caso isolado que: ‘Em tema de mandado de segurança, o coator é notificado para prestar informações. Prestadas estas, sua intervenção cessa. Não tem ele legitimidade para recorrer da decisão deferitória do **mandamus**. A legitimação cabe ao representante da pessoa jurídica interessada’ (acórdão unânime da Primeira Turma, Relator Ministro Soares Muñoz, RE n. 97.282-9/PA, DJ de 24.09.1992)”

Por seu turno, **José Horácio Cintra Gonçalves Pereira**, lecionando sobre o tema:

“Pois bem, com referência à legitimidade da autoridade coatora (impetrado), não obstante as opiniões do saudoso jurista e de outros não menos brilhantes doutrinadores, a melhor orientação, com a máxima vênia, é aquela que vem sendo traçada pelos Tribunais Superiores.

O interesse de recorrer, como preleciona **Cândido Dinamarco**, com apoio em **Barbosa Moreira** e **Carnelutti**, estará presente ‘quando o novo

provimento jurisdicional pretendido for capaz de proporcionar à parte o bem que fora negado pelo provimento recorrido, isso significa que entre ele e o recorrente há uma relação de complementariedade (entre o sujeito e bem), caracterizando-se portanto o seu legítimo interesse recursal’.

Dessa forma, *falece a legitimidade à autoridade coatora para interposição de recurso*, seja porque não será considerada vencida, seja porque entre ela (autoridade coatora) e o bem não há uma ‘relação de complementariedade’. Assim sendo, deve prevalecer a orientação segundo a qual a pessoa jurídica de direito público é a parte legítima para recorrer da sentença concessiva da ordem impetrada. Nessa linha de idéia, o pensamento de **Walter Vecchia-to Júnior**: ‘A pessoa jurídica de direito público é quem suporta os encargos da sentença mandamental e não o seu servidor, ora autoridade coatora, razão pela qual o interesse recursal é exclusivo daquela.’ (In ‘Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança 51 Anos Depois’)

Consectariamente, nada obstante o fato de que no mandado de segurança, ajuizado em primeira instância, quem atua na fase inicial do processo é a autoridade coatora, que presta as informações solicitadas, é imprescindível a intimação do representante da União da sentença proferida, porquanto é este quem tem legitimidade para dela recorrer.

Deveras, se a legitimidade para recorrer é conferida ao representante da União, deve ele ser intimado da sentença. E sua intimação deve ser pessoal, a teor do que dispõe a legislação de regência.

Neste sentido, os seguintes julgados desta Corte Superior:

“Processual Civil. Intimação pessoal do representante da Fazenda Pública. Mandado de segurança. Apelação. Necessidade.

1. A intimação pessoal do representante da Fazenda Pública é de rigor, nos feitos em que figura como interessada, autora, ré, assistente, oponente, recorrente ou recorrida, a teor do que dispõe o art. 38 da Lei Complementar n. 73/1993 e art. 6º da Lei n. 9.028/1975.

2. No mandado de segurança, ajuizado em primeira instância, não obstante as informações sejam prestadas pela autoridade coatora, quem tem legitimidade para interpor os recursos cabíveis é o representante da União, razão pela qual deve ser intimado pessoalmente da sentença.

3. Recurso especial provido.”

(REsp n. 490.877/RJ, deste Relator, DJ de 29.09.2003)

“Processual Civil — Mandado de segurança — Representação processual — Advogacia Geral da União — Falta de intimação pessoal — Necessidade — Lei Complementar n. 73/1993, arts. 35 e 38 — Lei n. 9.028/1995 — Precedentes STJ.

1. A LC n. 73/1993, em seu art. 38, determina que as intimações e notificações serão feitas nas pessoas do Advogado da União ou do Procurador da Fazenda Nacional que officie nas causas como representante da União.

— A Lei n. 9.028/1995 apenas repete o comando inserto no referido preceito legal.

— Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 285.806, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 1^a.09.2003)

Deveras, impende ressaltar que a divergência existente entre as Turmas de Direito Público desta Corte Superior refere-se tão-somente à necessidade ou não de intimação pessoal da decisão liminar em mandado de segurança, sendo certo que, na hipótese dos autos trata-se da intimação da sentença concessiva do *writ*.

Ademais, verifica-se que com a nova redação dada pela Medida Provisória n. 2.180/2001, ao § 4^o, do art. 1^o, da Lei n. 8.437/1992, determinando que “Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado”, revela-se evidente a necessidade de intimação pessoal das liminares concedidas em sede de mandado de segurança e, com muito mais razão, reforça a imperatividade da intimação da sentença.

Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento determinando o retorno dos autos à origem, a fim de que seja regularizada a intimação da Fazenda Nacional.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 660.380 — RJ (2004/0087260-0)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: José Henrique Macena da Silva

Advogados: Arilzo Pessanha Ribeiro e outros

Recorrida: Associação Salgado de Oliveira de Educação e Cultura

Advogados: Gabriela Vitoriano Rocadas Pereira e outros

EMENTA

Embargos infringentes. Lei n. 10.352/2002. Recurso incabível. Intempestividade do recurso especial.

1. Embargos infringentes opostos contra acórdão não-unânime, que manteve a sentença monocrática, após a vigência da Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, não interrompem o prazo para a interposição de recurso especial.

2. Os julgamentos de 2ª grau são realizados em sessão pública, por isso que a recorribilidade é regida pela lei em vigor na data do julgamento. É que o direito de recorrer nasce com o julgamento que em segundo grau se completa com a divulgação do resultado (art. 556 do CPC) (lição de **Galeno Lacerda in** “O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes”, pp. 68/69).

3. Consectariamente, a lei da data do julgamento regula o direito do recurso cabível (**Pontes de Miranda, in** “Comentários ao Código Processual Civil”, Forense, 1975. T. VII, p. 44).

4. No caso **sub examine**, embora o julgamento do recurso de apelação tenha se iniciado em 21.03.2002, antes, portanto, da vigência da Lei n. 10.352/2001, foi ele definitivamente julgado em 09.04.2002 após o pedido de vista do Revisor, quando já vigente a Lei n. 10.352/2001, que apenas admite a oposição de embargos infringentes de acórdão não-unânime e que reforma a sentença de 1ª grau.

5. Destarte, o acórdão confirmou a sentença de 1ª grau, por isso que forçoso concluir que os embargos infringentes revelaram-se inadmissíveis, e, conseqüentemente, intempestivos os recursos especial e extraordinário, que foram interpostos em 10.12.2002.

6. Recursos especiais não conhecidos.

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 dos recursos especiais, ambos interpostos por José Henrique Macena da Silva, 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), 17 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

DJ de 28.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: José Henrique Macena da Silva insurge-se, via recursos especiais, com arrimo nas alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, contra acórdão proferido em grau de apelação pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja ementa merece transcrição:

“Universidade. Modificações no currículo (Portaria n. 1.886/1994). Possibilidade de aplicação das modificações aos alunos matriculados anteriormente, mas que ainda não colaram grau.

Tendo a Portaria n. 1.886, de 30.12.1994, do Ministério do Estado da Educação e do Desporto, que fixou as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico, determinando, em seu artigo 9º a obrigatoriedade da apresentação e defesa de monografia final, para a conclusão do curso, disposto em seu artigo 16, que os cursos jurídicos, no exercício de sua autonomia, poderiam aplicar imediatamente as modificações introduzidas, faculdade que foi utilizada pela universidade Ré, não tem o Autor, ainda que tenha iniciado o curso antes da vigência da mencionada Portaria, direito adquirido à colação do grau sem a apresentação da monografia, visto que, quando a Ré determinou a aplicação das novas diretrizes curriculares, o Autor ainda não concluíra o curso (art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

Conhecimento e desprovemento da apelação.”

Noticiam os autos que José Henrique Macena da Silva ajuizou ação ordinária c.c. perdas e danos, com pedido de tutela antecipada, contra a Associação Salgado de Oliveira Educação e Cultura, alegando que se matriculou no curso de Direito da universidade mantida pela ré em 1993, época em que não constava do currículo pleno a obrigatoriedade da apresentação de monografia como requisito para conclusão. Asseverou, ainda, que concluiu o curso em 1999. Solicitou à Universidade declaração de término de curso, para que pudesse realizar o exame da OAB/RJ. Ao requerer a colação de grau, foi surpreendido com a exigência da Ré no sentido de que cumprisse a Portaria n. 1.886/1994, do Ministério da Educação e Desportos, que tornou obrigatória a monografia. Por fim, requereu a condenação da Ré em indenização por danos materiais e morais e deu à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Em 1ª instância, o pedido foi julgado improcedente. Sobreveio apelação, que também foi desprovida por maioria, nos termos da ementa acima transcrita.

Opostos embargos infringentes em 12.07.2002, os mesmos não foram admitidos sob o seguinte fundamento:

“O julgamento da apelação somente foi concluído em 09 de abril último (fls. 138 e 1.143) já na vigência da nova redação dada ao art. 530 do CPC pela Lei n. 10.352 de 26.12.2001, com **vacatio legis** de 3 (três) meses, que somente admite embargos infringentes, quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação a sentença de mérito, o que não ocorreu na espécie, eis que foi negado provimento à apelação.”

Inconformado, o aluno interpôs agravo inominado que também restou desprovido consoante a ementa abaixo transcrita:

“Processo Civil. Agravo (art. 532 do CPC).

Recurso. Direito intertemporal.

Decisão do Relator que, nos termos da nova redação do art. 530 do CPC, dada pela Lei n. 10.532/2001, não admitiu recurso de embargos infringentes de acórdão não unânime, proferido em apelação, o qual manteve a sentença apelada.

Nos julgamentos no segundo grau de jurisdição, que são realizados em sessão pública, deve a recorribilidade ser regida pela lei em vigor na data do julgamento.

Julgamento iniciado antes do advento da Lei n. 10.352/2001 e concluído após sua vigência, em face de pedido de vista formulado pelo Desembargador Vogal.

Embora a divergência se tenha instalado no início do julgamento com os votos dos Desembargadores Relator e Revisor, deve prevalecer, para efeito de aplicação da lei de regência da admissibilidade recursal, a data de sua conclusão, com o anúncio de resultado final pelo Presidente na forma preconizada no art. 556 do Código de Processo Civil, quando o **decisum** se tornou definitivo, visto que até lá qualquer dos julgadores poderia ainda modificar seu voto.

Recurso conhecido e desprovido”.

Contra os dois acórdãos, a parte interpôs recursos especiais.

No recurso especial interposto em face do acórdão proferido nos embargos infringentes (fls. 193/196), alega o recorrente violação ao art. 530 do CPC (reda-

ção antiga). Sustenta o recorrente que as modificações processuais introduzidas pela Lei n. 10.352/2001, que entraram em vigor somente em 26.03.2002, não podem atingir o direito de opor embargos infringentes, posto que o julgamento do recurso de apelação que se realizou na sessão do dia 21 de março de 2002, antes, portanto, da vigência da referida lei, é que nasceu a divergência, ocasião em que já havia os pressupostos processuais para a interposição dos embargos infringentes sob o regime da antiga redação do art. 530 do CPC, quais sejam, a não-unanimidade da decisão.

Por seu turno, no recurso especial interposto contra o acórdão da apelação (fls. 139/146), aduz o recorrente que o acórdão recorrido contrariou o art. 6º, § 2º, da LICC, uma vez que violou o direito adquirido do recorrente, posto que se encontrava matriculado na instituição de ensino desde o ano de 1993, enquanto que as modificações no currículo do curso de Direito foram introduzidas pela Portaria n. 1.886 de 30.12.1994.

Às fls. 264/290, consta o recurso extraordinário dirigido ao egrégio STF

Contra-razões oferecidas às fls. 299/307, pugnando pela inadmissibilidade do apelo extremo e, no mérito, pelo seu desprovimento.

Negado seguimento ao recurso especial no Tribunal de origem, subiram os autos por força de agravo de instrumento.

É o relatório

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Devidamente prequestionado os dispositivos legais invocados, bem como suficientemente demonstrado o dissídio jurisprudencial, conheço da irresignação pelas alíneas **a** e **c**.

Deveras, é cediço na Corte que a interposição de recurso incabível não suspende ou interrompe o prazo para a apresentação do recurso especial.

Nesse sentido:

“Processo Civil — Agravo de instrumento — Negativa de provimento — Agravo regimental — Embargos infringentes incabíveis — Não-conhecimento — Suspensão ou interrupção do prazo recursal — Impossibilidade — Recurso especial intempestivo — Desprovimento.

1. Esta Corte já pacificou o entendimento no sentido de que a interposição de recurso incabível não suspende e nem interrompe o prazo para a apresentação do recurso próprio, bem como não impede o trânsito em julgado de acórdão impugnado inadequadamente. **In casu**, os embargos infringentes

opostos ao v. aresto não unânime, que manteve inalterada a r. sentença de primeiro grau, na vigência da Lei n. 10.352/2001, que deu nova redação ao art. 530, do Código de Processo Civil, não têm o condão de interromper o prazo para a interposição do recurso especial.

2. Precedentes (AgRg no Ag n. 535.370/RS, RMS n. 14.151/MG e REsp n. 56.791/SP).

3. Agravo regimental conhecido, porém, desprovido.” (AgRg no Ag n. 505.055, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 08.11.2004)

“Processual Civil — Agravo regimental — Agravo de instrumento — Embargos infringentes — Lei n. 10.352/2001. Descabimento — Intempestividade do recurso especial.

1. A interposição de recurso incabível não suspende ou interrompe o prazo para a apresentação do recurso próprio.

2. Embargos infringentes opostos contra acórdão não-unânime, que manteve a sentença monocrática, após a vigência da Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, não interrompem o prazo para a interposição de recurso especial.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 535.370, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 19.04.2004)

“Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Intempestividade.

I - A interposição de recurso manifestamente incabível ou intempestivo não tem o condão de interromper o prazo para a interposição de outros recursos. Precedentes.

II - **In casu**, a interposição equivocada de agravo regimental após o julgamento colegiado — o qual sequer foi conhecido por falta de previsão legal — não interrompeu o prazo para interposição do apelo ordinário, resultando na intempestividade deste. Recurso não-conhecido”. (ROMS n. 5.152/MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 31.03.2003)

Deveras, a doutrina do tema assenta que os julgamentos de 2ª grau são realizados em sessão pública, afigura-se justo que a recorribilidade seja regida pela lei em vigor na data do julgamento.

Assim, o direito de recorrer nasce com o julgamento que em segundo grau se completa com a divulgação do resultado (art. 556 do CPC), consoante a lição de **Galeno Lacerda in** “O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes”, pp. 68/69, **verbis**:

“Em direito intertemporal, a regra básica no assunto é que a lei do recurso é a lei do dia da sentença. **Roubier**, citando, dentre outros, **Merlin e Gabba**, afirma, peremptório, que ‘os recursos não podem ser definidos senão pela lei em vigor no dia do julgamento: nenhum recurso novo pode resultar de lei posterior e, inversamente, nenhum recurso existente contra uma decisão poderá ser suprimido, sem retroatividade, por lei posterior.

Isto porque, proferida a decisão, a partir desse momento nasce o direito subjetivo à impugnação, ou seja, o direito ao recurso autorizado pela lei vigente nesse momento. Estamos, assim, em presença de verdadeiro direito adquirido processual, que não pode ser ferido por lei nova, sob pena de ofensa à proteção que a Constituição assegura a todo e qualquer direito adquirido.

A importância do tema obriga a que se precise o conteúdo de ‘dia da sentença’. Que se deve considerar por ‘dia em que a decisão é proferida’?

O conceito varia, conforme se tratar de decisão de primeiro ou de segundo grau.

As de primeiro grau, ou de primeira instância, têm-se como proferidas em audiência, para as sentenças de mérito e interlocutórias aí alcançadas, ou, nos demais casos, no dia em que a parte for intimada, segundo os preceitos do Código (antigo).

As de segundo grau, quando colegiadas, são proferidas na sessão de julgamento, no momento em que o Presidente, de público, anuncia a decisão. O Código revogado era explícito a respeito: ‘proferido o julgamento, o Presidente anunciará a decisão, designando para redigir o acórdão o Relator, ou vencido este, o Revisor (art. 875, § 2º). E o novo Código assim também dispõe, quase com as mesmas palavras (art. 566). Isto significa que, em segunda instância, decisão existe a partir desse momento”.

Consectariamente, a lei da data do julgamento regula o direito do recurso cabível, conforme assentado por **Pontes de Miranda**, in “Comentários ao Código Processual Civil”, Forense, 1975. T. VII, p. 44:

“O recurso interponível é aquele que a lei do momento da decisão ou da sentença, ou da deliberação do corpo coletivo, aponta como cabível. Se era irrecurável, não se faz recorrível com a lei posterior, porque seria atribuir-se à regra jurídica retroeficácia, infringindo-se princípio constitucional. A eficácia que se reproduziu tem que ser respeitada (**e.g.**, pode recorrer no prazo ‘x’); efeito novo não é de admitir-se. Nem se faz recorrível o que não o era; nem irrecurável o que se sujeitava a recurso. Se a lei nova diz caber o recurso ‘a’ e a lei da data da decisão ou da sentença ou do julgamento referia-se ao recurso ‘b’, não se pode interpor ‘a’ em vez de ‘b’. Os prazos são os da data em que se julgou”.

O princípio ora focado, de direito intertemporal foi consagrado no REsp n. 197.847, senão vejamos:

“Processo Civil. Preparo.

Sentença publicada antes que entrasse em vigor a Lei n. 8.950, de 1994, tendo o recurso sido interposto já na vigência do novo regime, sem que tivesse sido acompanhado pelo preparo; *o recurso é aquele previsto na data da sentença, mas seu procedimento está sujeito às regras vigentes na data da respectiva interposição. Recurso conhecido e provido.*” (REsp n. 197.847, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 12.06.2000)

No caso **sub examine**, embora o julgamento do recurso de apelação tenha se iniciado em 21.03.2002, antes, portanto, da vigência da Lei n. 10.352 de 26.12.2001 (**vacatio legis** de 03 meses), foi ele definitivamente julgado em 09.04.2002 após o pedido de vista do Revisor, quando já vigente a Lei n. 10.352/2001, que apenas admite a oposição de embargos infringentes de acórdão não-unânime e que reforma a sentença de 1ª grau.

Forçoso concluir que os embargos infringentes eram incabíveis, e, conseqüentemente, intempestivos os recursos especial e extraordinário, que foram interpostos em 10.12.2002.

Não obstante, no mérito o recorrente não obteria êxito. Isto porque embora as diretrizes curriculares fixadas pela Portaria n. 1.886 de 30 de dezembro de 1994, somente se tornaram obrigatórias para os novos matriculados a partir do ano letivo de 1997, o art. 16 da Portaria n. 1.886, de 30.12.1994, faz uma ressalva às “Universidades”, conferindo a elas a prerrogativa de, no exercício de sua autonomia, anteciparem a aplicação das diretrizes curriculares por ela introduzidas, o que ocorreu **in casu**.

Com essas considerações, *não conheço* dos recursos especiais.

RECURSO ESPECIAL N. 689.893 — PE (2004/0133809-5)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: João Ferreira Sobrinho e outros

Recorridos: Carlos Eduardo Cintra da Costa Pereira e outros

Advogados: Antônio Carlos Monteiro e outro

EMENTA

Tributário. Parlamentares. Imposto de renda incidente sobre verbas percebidas a título de indenização e ajuda de custo referente a comparecimento em sessões legislativas extraordinárias. Responsabilidade tributária. Substituto tributário. Câmara Legislativa.

1. O responsável tributário é aquele que, sem ter relação direta com o fato gerador, deve efetuar o pagamento do tributo por atribuição legal nos termos do art. 121, parágrafo único, II, c.c. 45, parágrafo único, do Código Tributário Nacional. (Precedentes Primeira e Segunda Turmas).

2. O contribuinte não pode responder pelo erro se o tributo não foi retido na fonte, posto que o responsável principal é o substituto legal tributário que, à luz da lei, deveria ter recolhido o imposto de renda, ressalvado eventual regresso, **in casu**, inexistente.

3. A Constituição Federal, no § 7º do art. 57, incluiu o pagamento referente à sessão extraordinária no conceito de verba indenizatória, revelando a “vontade constitucional”, na expressão de **Konrad Hesse**, sobre o regime jurídico aplicáveis à referida parcela.

4. Deveras, a ajuda para participação em sessão extraordinária, implica em que a referida verba não seja usual, por isso que, carecendo do requisito da habitualidade, sequer integra o salário.

5. As verbas indenizatórias não estão sujeitas ao imposto de renda, posto não caracterizarem acréscimo patrimonial **lato sensu**.

6. Recurso especial 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 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), 17 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: A Fazenda Nacional interpõe recurso especial, alínea **a**, do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que, por unanimidade, deu provimento a agravo de instrumento interposto por Deputados Estaduais de Pernambuco, assim ementado:

“Tributário. Ação cautelar. Suspensão da exigibilidade de créditos decorrentes de autos de infração lavrados contra os apelados. Imposto de renda. Ajuda de custo percebida por Deputados Estaduais. Pagamento no início e no fim de cada sessão legislativa. Art. 12, § 2º, da Constituição do Estado de Pernambuco. Pagamento do tributo. Sujeito passivo. Fonte pagadora. Anulação dos autos de infração. Art. 45, parágrafo único, art. 121, II e art. 128, todos do Código Tributário Nacional. Decreto-Lei n. 5.844/1943, art. 103. Decreto n. 1.041, de 11 de janeiro de 1994 (RIR/1994), art. 919. Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/1999). Responsabilidade exclusiva da fonte pagadora. Substituto tributário. Jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça. Relação tributária fixada entre a União e a Assembléia Legislativa, quando da ocorrência do fato gerador. Contribuinte. Relação econômica com o fato gerador. Cobrança do imposto que deve recair sobre a fonte pagadora e não contra o contribuinte. Suspensão da exigibilidade do crédito. **Fumus boni iuris** e **periculum in mora** evidenciados.

1. Consoante a norma insculpida no art. 43 do Código Tributário Nacional, o imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica.

2. A teor do que dispõe o art. 12 da Constituição do Estado de Pernambuco, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 01/1992, ‘A ajuda de custo atribuída aos Deputados, no valor do subsídio, será paga no início e no fim de cada sessão legislativa, cabendo ao Suplente recebê-la, uma única vez, se acaso reconvocado’.

3. Conceitua-se a ajuda de custo, a luz do direito administrativo, como espécie de indenização, a qual se destina a reembolsar despesas efetuadas pelo servidor em razão do serviço e por ocasião de mudança de domicílio, assim, a teor do que dispõe a Lei n. 8.112/1990, a ajuda de custo designa-se a compensar as despesas de instalação do servidor que, no interesse do serviço, passar a ter exercício em nova sede, com mudança de domicílio em caráter permanente.

4. Consoante a dicção do parágrafo único do art. 45 do CTN, a lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

5. Destarte, de acordo com o que preceitua o Código Tributário Nacional, a lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo pagamento do imposto cuja retenção e recolhimento a que estava obrigada. Realce-se que o contribuinte continua sendo a aquele que aufera a renda, a fonte pagadora é apenas responsável. Inteligência do art. 121 do Código Tributário Nacional.

6. No caso do imposto de renda retido na fonte, o Decreto-Lei n. 5.844/1943 em seu art. 103, expressamente atribui à fonte pagadora a referida responsabilidade, disposição, aliás, transcrita nos Regulamentos do Imposto de Renda, quer seja o de 1999, Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999, quer seja o de 1994, Decreto n. 1.041, de 11 de janeiro de 1994, conforme os arts. 722 (RIR/1999) e 919 (RIR/1994).

7. Em face do art. 128 do Código Tributário Nacional e haja vista o que disposto no Decreto-Lei n. 5.844/1943, o sujeito passivo é a fonte pagadora e não o contribuinte. Ademais, a lei não fixou a responsabilidade supletiva do contribuinte, reputou como sujeito passivo da relação tributária em comento tão-somente a fonte pagadora, do que se conclui ser a responsabilidade da fonte pagadora pessoal e exclusiva. Abraçando a tese sufragada, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 309.913/SC, REsp n. 153.664/ES, REsp n. 345.628/SC, entre outros.

8. A relação tributária se fixa desde a ocorrência do fato gerador entre a União e a Assembléia Legislativa, fonte pagadora, passando o contribuinte a ostentar apenas uma relação econômica com o fato gerador, eis que foi o mesmo que obteve o acréscimo patrimonial. Daí por que, não obstante seja a fonte pagadora a unicamente responsável pelo pagamento do imposto de renda, cabe a mesma descontar o valor pago, porquanto, é o contribuinte o titular da renda, competindo ao mesmo (contribuinte) arcar com o ônus econômico do imposto, caso contrário, atribuir-se-ia encargo a terceira pessoa que não teve seu patrimônio acrescido pela renda e, portanto, não possui capacidade contributiva.

9. Haja vista a responsabilidade exclusiva da fonte pagadora, deve recair sobre ela, no caso a Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco, qualquer procedimento de cobrança do imposto de renda devido na fonte. Destar-

te, tendo em conta que os autos de infração foram lavrados em face dos autores, contribuintes, impõe-se a anulação dos autos de infração constantes dos autos e referentes à cobrança de imposto de renda devido na fonte incidente sobre a 'ajuda de custo' percebida pelos apelados. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente dos autos de infração lavrados contra os requerentes, referentes ao imposto de renda devido na fonte incidente sobre a 'ajuda de custo'.

10. 'Quando a legislação tributária determina a retenção do imposto pela fonte pagadora, ela está alterando o sujeito passivo da relação, do contribuinte para o responsável, o que se dá de maneira exclusiva'.

11. Tendo em conta que os autos de infração foram lavrados contra os requerentes, ora apelados, é evidente a presença do **fumus boni iuris**. No que concerne ao **periculum in mora**, o mesmo se encontra evidenciado considerando o risco de frustração eficaz do provimento final, porquanto uma vez não suspensa a exigibilidade do crédito em comento, continuará a ser cobrado o imposto dos mesmos, quando já se verificou ser tão-somente a fonte pagadora a responsável pelo pagamento do imposto de renda em apreço, mantendo o contribuinte uma relação econômica com o fato gerador.

12. *Apelação e remessa oficial improvidas.*"

Noticiam os autos que os ora recorridos, Deputados e ex-Deputados da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco, moveram ação cautelar incidental contra a Fazenda Nacional, requerendo a suspensão dos lançamentos dos autos de infração lavrados pela Delegacia da Receita Federal em Pernambuco, que apuram sonegação de imposto de renda, relativo às verbas recebidas a título de comparecimento em sessões legislativas extraordinárias, anos-base 1995/1998. A liminar foi parcialmente deferida apenas para excluir a multa moratória. Insatisfeitos, interuseram agravo de instrumento, restando deferido o pedido de tutela antecipada para suspender a exigibilidade do crédito questionado. Contra esta decisão, a União interpôs agravo regimental, mas restou prejudicado ante o superveniente provimento do agravo de instrumento.

Alegaram que as verbas não são passíveis de tributação pelo imposto de renda, mercê de sua natureza indenizatória. Entretanto, acaso devida a exação, somente poderia ser exigida da Assembléia Legislativa, substituta tributária, posto ser responsável pela retenção do imposto na fonte, restando excluída a responsabilidade dos autores, ora recorridos. Pleitearam, ainda, a exclusão da multa moratória acrescida aos supostos créditos tributários.

Por isso o presente recurso especial manifestado pela Fazenda, sustentando que o acórdão recorrido negou vigência aos seguintes dispositivos legais:

a) Arts. 1^ª, 2^ª, 3^ª e 8^ª da *Lei n. 7.713/1988*, que assim dispõem respectivamente:

Art. 1^ª Os rendimentos e ganhos de capital percebidos a partir de 1^ª de janeiro de 1989, por pessoas físicas residentes ou domiciliadas no Brasil, serão tributados pelo imposto de renda na forma da legislação vigente, com as modificações introduzidas por esta lei.

Art. 2^ª O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

Art. 3^ª O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9^ª a 14 desta lei.

Art. 8^ª Fica sujeito ao pagamento do imposto de renda, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta lei, a pessoa física que receber de outra pessoa física, ou de fontes situadas no exterior, rendimentos e ganhos de capital que não tenham sido tributados na fonte, no País.

b) Arts. 1^ª e 4^ª da *Lei n. 8.134/1990*, **verbis**:

Art. 1^ª A partir do exercício financeiro de 1991, os rendimentos e ganhos de capital percebidos por pessoas físicas residentes ou domiciliadas no Brasil serão tributados pelo imposto de renda na forma da legislação vigente, com as modificações introduzidas por esta lei.

Art. 2^ª O imposto de renda das pessoas físicas será devido à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, sem prejuízo do ajuste estabelecido no art. 11.

Art. 3^ª O imposto de renda na fonte, de que tratam os arts. 7^ª e 12 da *Lei n. 7.713*, de 22 de dezembro de 1988, incidirá sobre os valores efetivamente pagos no mês.

Art. 4^ª Em relação aos rendimentos percebidos a partir de 1^ª de janeiro de 1991, o imposto de que trata o art. 8^ª da *Lei n. 7.713*, de 1988:

I - será calculado sobre os rendimentos efetivamente recebidos no mês;

II - deverá ser pago até o último dia útil da primeira quinzena do mês subsequente ao da percepção dos rendimentos.

c) Arts. 4º, 5º e 6º da *Lei n. 8.383/1991*, que assim determinam:

‘Art. 4º A renda e proventos de qualquer natureza, inclusive os rendimentos e ganhos de capital, percebidos por pessoas físicas residentes ou domiciliadas no Brasil, serão tributados pelo imposto de renda na forma da legislação vigente, com as modificações introduzidas por esta lei.

Art. 5º A partir de 1º de janeiro do ano-calendário de 1992, o imposto de renda incidente sobre os rendimentos de que tratam os arts. 7º, 8º e 12 da *Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988*, será calculado de acordo com a seguinte tabela progressiva:

Art. 6º O imposto sobre os rendimentos de que trata o art. 8º da *Lei n. 7.713 de 1988*:

— será convertido em quantidade de Ufir pelo valor desta no mês em que os rendimentos forem recebidos;’

Sustentou a Fazenda/recorrente o seguinte:

“Efetivamente, na interpretação de qualquer regra jurídica não se pode perder de vista a **ratio legis**, evidenciada na interpretação sistemática e teleológica que se deve dar ao texto da lei, como forma mais segura de desnudar o seu sentido e vislumbrar o seu alcance.

Data venia, não há como prevalecer a orientação esposada no v. acórdão recorrido, no sentido de que ‘as verbas recebidas pelos contribuintes, Deputados *Estaduais*, a título de subsídio por comparecimento à sessão *extraordinária* possuem natureza indenizatória’. (Fl. 143)

Conforme orientação do colendo Supremo Tribunal Federal, em acórdão de lavra do eminente Ministro Aliomar Baleeiro, **in** ERE n. 64.810/PR: ‘Nega vigência à Lei Federal não só a decisão que afirma não estar em vigor, porque já não vigora ou ainda não vigora, mas também a que não a aplica, quando ela é aplicável, ou pretendendo ou fingindo aplicá-la, faz frontalmente oposto do que diz, na letra e no espírito, o texto traído’.

Afastando-se o v. aresto da literalidade do comando contido na legislação federal vigente, trouxe prejuízos de grande monta aos cofres da União (Fazenda Nacional), na medida em que os valores devidos por cada contribuinte, ora recorrido, superam a importância de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), que certamente farão falta aos cofres combatidos da Fazenda Pública.

Como bem enfatizou o eminente Desembargador Federal Ridalvo Costa “A ajuda de custo paga aos Deputados se distingue da ajuda de custo paga ao

servidor público. Só recebe ajuda de custo o servidor público que tenha mudado de sede de atividade e esta ajuda é para indenizar despesas com mudança da sede de atividade funcional. A ajuda de custo que é paga aos Deputados tem natureza diferente porque é paga indistintamente a todos os Deputados, inclusive os que residem na cidade-sede da Assembléia Legislativa' (fl. 140).

Por outro lado, é inexplicável e imoral, as conclusões do v. acórdão, em face da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores que determina a cobrança do imposto de renda sobre as horas extras recebidas pelo assalariado, ao tempo em que dispensa o pagamento do imposto de renda dos Deputados, que recebem duplamente (subsídios mensais + subsídios por comparecimento à sessão extraordinária), independentemente de deslocamento e comprovação de despesas (grifei). (AMS n. 62.243/PE, Relator Desembargador Federal Ridalvo Costa, com base em voto de lavra do eminente Desembargador Federal Geraldo Apoliano).”

Contra-razões ofertadas pelos recorridos às fls. 207/215, pugnando pelo desprovimento do recurso especial informando que a instância de origem já julgara procedente o pedido formulado na ação ordinária, e que a jurisprudência do egrégio STJ vem se firmando no sentido de reconhecer a não-incidência do imposto de renda sobre verbas relativas à ajuda de custo e indenização por comparecimento a sessões extraordinárias, além do que a pessoa física não responde pelo pagamento do tributo se ele não tiver sido retido pela fonte pagadora, colacionando arestos em prol de sua tese.

O recurso foi admitido pelo Tribunal **a quo**, consoante despacho de fl. 217-retro.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, registre-se que a matéria recursal foi prequestionada implicitamente, autorizando o conhecimento do presente recurso especial.

Trata-se de recurso especial interposto pela União contra acórdão que deu provimento a agravo de instrumento manifestado contra decisão interlocutória que indeferiu pedido de liminar em medida cautelar incidental à ação ordinária movida por parlamentares estaduais, visando anular a incidência do imposto de renda sobre verbas supostamente indenizatórias, bem como afastar a responsabilidade tributária dos autores pelo não-recolhimento do tributo.

O recurso não prospera.

Prima facie, analiso a questão referente à responsabilidade tributária.

O Código Tributário Nacional, ao tratar do imposto de renda e proventos de qualquer natureza, assim dispôs no art. 45, **in verbis**:

“Art. 45. contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o art. 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único: A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.”

O parágrafo único da norma transcrita autoriza, expressamente, a atribuição à fonte pagadora da renda ou dos proventos a condição de responsável tributária, a título de substituto tributário.

Deveras, conquanto seja o contribuinte quem possua a disponibilidade econômica, e aufera a renda ou o provento, o responsável pela obrigação tributária é um terceiro em relação ao fato gerador do tributo, porquanto possui o dever jurídico de pagar ou recolher a exação, nos termos da lei que assim determinar.

Por seu turno, o art. 121 do CTN assim estabelece:

“Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único — O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

Discorrendo sobre o tema, **Hugo de Brito Machado** assim leciona:

“Pode também a lei atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto (CTN, art. 45, parágrafo único). Neste caso o contribuinte é efetivamente aquele que aufera a renda ou os proventos. A fonte é apenas responsável, nos termos do art. 121, parágrafo único, item II, do CTN.

O dever de efetuar o desconto do imposto de renda na fonte tem como fato gerador o pagamento, ou o crédito do rendimento respectivo. É que o imposto é devido pelo beneficiário da renda, e esta somente ocorre com o pagamento, ou o crédito. Ocorrendo pagamento, haverá disponibilidade eco-

nômica do valor pago. Ocorrendo crédito, haverá disponibilidade jurídica do valor creditado. Não ocorrendo pagamento, nem crédito, não haverá disponibilidade econômica, nem jurídica, não se podendo cogitar de imposto de renda.

(...)

A atribuição da condição de responsável à fonte pagadora da renda ou dos proventos não corresponde à imposição de obrigação acessória. A obrigação, no caso, é principal. Seu objeto é um pagamento. O sujeito passivo da obrigação é que deixou de ser, nessa oportunidade, o contribuinte e passou a ser o responsável. Trata-se de atribuição, a terceiro, de responsabilidade pelo adimplemento de obrigação tributária principal.” (In “Comentários ao Código Tributário Nacional”, pp. 96/97, 6ª ed., Ed. Forense)

Forçoso concluir que, uma vez não tendo havido a retenção na fonte, o contribuinte não pode ser chamado a responder pelo erro, posto que o responsável principal é o substituto legal tributário que, à luz da lei, deveria ter recolhido o imposto de renda.

Ainda sobre o tema, **Luiz Emydio F. da Costa Jr.** assim se manifesta:

“O substituto passa a ocupar o lugar do contribuinte na relação jurídica tributária, que dela fica excluído. Registre-se que o substituto ocupa o lugar do substituído (contribuinte) desde o nascimento até a extinção da relação jurídica tributária. Entre o substituto e o substituído instaura-se uma relação jurídica de direito comum, e, portanto, não tributária, da qual decorre, por exemplo, o direito de regresso de que é titular o substituto em relação ao substituído. A figura da substituição só se explica para atender interesse único do Fisco, que tem mais segurança e rapidez na cobrança do tributo em relação à pessoa do substituto, geralmente por ser dotada de maior capacidade econômica.

(...)

No que concerne ao imposto de renda, o parágrafo único do art. 45 do CTN permite que a ‘lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam’. Assim, cabe à fonte pagadora calcular o imposto, descontá-lo do pagamento ao titular e recolhê-lo no prazo legal. No caso do substituto, como, por exemplo, o empregador, deixar de praticar os referidos atos, a ação do Fisco deve se dirigir contra ele e não contra o empregado, por ficar excluído da relação jurídica tributária” (in “Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário”, 13ª ed., Ed. Renovar, pp. 505/506).

A jurisprudência do STJ não destoia desse entendimento, senão vejamos:

“Tributário. Imposto de renda. Retenção na fonte. Responsabilidade tributária. Pagamento. Obrigação da fonte pagadora decorrente de lei. Arts. 27 da Lei n. 8.218/1991, 121, parágrafo único, II, e 45, parágrafo único, do Código Tributário Nacional. Recurso especial provido. Imposição de multa. Impossibilidade.

1. Responsável tributário é aquele que, sem ter relação direta com o fato gerador, deve efetuar o pagamento do tributo por atribuição legal nos termos do art. 121, parágrafo único, II, c.c. 45, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

2. O art. 27, da Lei n. 8.218/1991 atribuiu à fonte pagadora a retenção e recolhimento do imposto de renda relativo a valores recebidos em virtude de decisão judicial, no caso, URP/1989. Neste caso, cabe ao BRDE fonte pagadora, responder judicialmente pelo não-pagamento da referida exação.

3. Não caracterizada ofensa ao art. 4º da Lei n. 8.212/1991, que possibilite a imposição de multa aos particulares.

4. Recurso especial dos particulares provido. Recurso especial da Fazenda Nacional improvido.”

(REsp n. 411.428, Relator Ministro José Delgado, DJ de 21.10.2002)

“Tributário — Imposto de renda retido na fonte — Substituição tributária — Retenção indevida.

1. O INSS, ao recolher o imposto de renda incidente sobre os valores por ele pagos, age como substituto tributário.

2. Tendo efetivado o recolhimento, possível reclamação pelo equívoco da retenção deve ser dirigida ao sujeito que detém a disponibilidade econômica, a União.

3. Recurso provido.” (REsp n. 398.232, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 02.09.2002)

“Tributário. Imposto de renda. Retenção na fonte. Substituição tributária. Responsabilidade pelo pagamento. Arts. 45, parágrafo único do CTN, 103 do DL n. 5.844/1943 e 576 do Decreto n. 85.450/1980.

1. O substituto tributário do imposto de renda de pessoa física responde pelo pagamento do tributo, caso não tenha feito a retenção na fonte e o recolhimento devido.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 153.664/Peçanha)

(REsp n. 281.732, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 1ª.10.2001)

“Tributário. Imposto de renda retido na fonte. Incidência sobre a distribuição de prêmios. Responsabilidade (substituição tributária. Obrigação decorrente de lei. Inteligência dos arts. 63 da Lei n. 8.981/1995; 45, parágrafo único, e 121, inciso II, ambos do CTN.

1. O fenômeno da responsabilidade (‘substituição’) tributária encontra-se inserto no parágrafo único do art. 45, do CTN, o qual prevê a possibilidade de a lei atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responder pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam, em combinação com o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 121, segundo o qual ‘responsável’ é aquele que, sem revestir a condição de contribuinte, tenha obrigação decorrente de disposição expressa de lei.

2. No caso em apreço, o art. 63 da Lei n. 8.981/1995 (com redação dada pela Lei n. 9.065, de 20.06.1995) conferiu expressamente à pessoa jurídica que proceder a distribuição de prêmios a retenção do imposto de renda, fato que a transforma em responsável pelo seu pagamento.

3. ‘A obrigação tributária nasce por efeito da incidência da norma jurídica originária e diretamente contra o contribuinte ou contra o substituto legal tributário; a sujeição passiva é de um ou de outro, e, quando escolhido o substituto legal tributário, só ele, ninguém mais, está obrigado a pagar o tributo’ (Ministro Ari Pargendler, REsp n. 86.465/RJ, DJ de 07.10.1996)”

(REsp n. 208.094, Relator Ministro José Delgado, DJ de 06.09.1999)

No que pertine à incidência do tributo sobre a parcela referente à remuneração pelas sessões extraordinárias, a sua qualificação vem prevista na Carta Federal como verba indenizatória, distinta do subsídio.

Sob esse enfoque, a Constituição Federal, que versa grande parte da matéria tributária, dispôs no § 7º do art. 57, **verbis**:

“Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º, vedado o pagamento de *parcela indenizatória* em valor superior ao subsídio mensal”. (Grifo nosso)

Forçoso concluir que a própria Constituição, com a sua eminência normativa, procedeu à distinção entre “subsídio” e “verba indenizatória”, incluindo o pagamento sobre sessão extraordinária no conceito de indenização, revelando, de forma autêntica a sua **ratio** ou a denominada “vontade constitucional”, na expressão de **Konrad Hesse, in** “Força Normativa da Constituição”.

Deveras, *ajuda para participação em sessão extraordinária*, implica depreender por força do próprio **nomen juris** que ostenta, que a referida verba não é usual, por isso que, carecendo do requisito da habitualidade, sequer integra o salário.

Com efeito, as Constituições Estaduais, seguindo a Carta Federal, fixam os períodos de funcionamento da sessão legislativa anual ordinária entre 15/02 a 30/06 e 1^a/08 a 15/12. Dessarte, as sessões extraordinárias são realizadas nos meses de dezembro, janeiro e julho, isto é, no período do denominado “recesso parlamentar”, quando o Deputado deveria estar gozando férias.

Consoante o entendimento pacífico no STJ, **in casu** aplicado, analogicamente, às verbas indenizatórias, não estão sujeitas ao imposto de renda, posto não caracterizarem acréscimo patrimonial **lato sensu**, sendo certo que a **ratio essendi** das Súmulas ns. 125 e 136 do STJ conspiram em favor do caso **in foco** pela sua similitude ontológica.

Assentam os verbetes:

Súmula n. 125. “O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço não está sujeito à incidência do imposto de renda.”

Súmula n. 136. “O pagamento de licença-prêmio não gozada por necessidade do serviço não esta sujeito ao imposto de renda.”

Ora, laborar no recesso parlamentar significa abdicar do referido período, cuja finalidade é conceder as “férias” de que são beneficiários os servidores em geral.

Sob esse enfoque, em hipóteses indenizatórias, os egrégios STF e STJ têm decidido que:

“Tributário — Indenização por dano moral — Incidência do imposto de renda — Impossibilidade — Caráter indenizatório da verba recebida.

1. As verbas indenizatórias que apenas recompõem o patrimônio do indenizado, físico ou moral, tornam infensas à incidência do imposto de renda. Aplicação do brocardo **ubi eadem ratio ibi eadem dispositio**.

2. Precedentes.

3. Recurso improvido.”(REsp n. 410.347, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 17.02.2003).

“Tributário e Processual Civil. Agravo regimental. Férias e licenças-prêmio não gozadas. Ausências permitidas ao trabalho (Apip). Não-incidência de imposto de renda. Suspensão do desconto. Súmulas ns. 125 e 136-STJ.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial da parte agravante.

2. Debate desenvolvido no curso da presente ação, ora examinada contra v. acórdão que entendeu pela não-incidência do imposto de renda sobre verbas indenizatórias de férias, licenças-prêmio não gozadas e ausências permitidas ao trabalho (Apip).

3. O imposto sobre a renda tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda (produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos) e de proventos de qualquer natureza (art. 43 do CTN).

4. A indenização especial, o 13º salário e as férias não gozadas não configuram acréscimo patrimonial de qualquer natureza ou renda e, portanto, não são fatos imponíveis à hipótese de incidência do IR, tipificada pelo art. 43 do CTN. A referida indenização não é renda, e também não pode ser tida como proventos, pois não representa nenhum acréscimo patrimonial.

5. As ausências permitidas ao trabalho — Apips —, por guardarem a mesma natureza jurídica da licença-prêmio, também não estão sujeitas à incidência do tributo.

6. Inteligência das Súmulas ns. 125 e 136-STJ.

7. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp n. 359.637, Relator Ministro José Delgado, DJ de 22.04.2002)

No que pertine à verba denominada “ajuda de custo”, é oportuna a transcrição do Decreto Legislativo n. 07, de 19.01.1995, **verbis**:

“Art. 3º É devida ao parlamentar, no início e no final previsto para a sessão legislativa, ajuda de custo equivalente ao valor da remuneração.

§ 1º A ajuda de custo destina-se à compensação de despesas com transporte e outras imprescindíveis para comparecimento à sessão legislativa ordinária ou à *sessão legislativa extraordinária* convocadas na forma da Constituição Federal. (Grifo nosso)

§ 2º Perderá o direito à percepção da parcela final de ajuda de custo o parlamentar que não comparecer a pelo menos dois terços da sessão legislativa.”

No entender do renomado Professor **Amauri Mascaro Nascimento**, ao analisar as verbas de ajuda de custo:

“Assim, é da verificação da destinação do pagamento que resultará a sua exata qualificação. Se destinada a ressarcir despesas de movimentação, não será salário.” (In “Teoria Jurídica do Salário”, 1994, p. 79)

A assertiva da lição do tributarista está em que a ajuda de custo guarda nexos com a sessão extraordinária e esta, posto não ser habitual, é remunerada via *indenização*, para utilizarmos a interpretação autêntica da própria Constituição Federal.

Em recentíssimo estudo publicado na Revista Justilex, Ano II, n. 19, julho de 2003, pp. 32/35, o Professor **Júlio Nogueira**, membro da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF) e da *International Fiscal Association* (IFA), assim discorreu:

“Recentemente a Secretaria da Receita Federal (SRF) realizou extensa fiscalização sobre algumas parcelas concedidas a parlamentares, notadamente aquelas pagas pelas respectivas Assembléias a título de ajuda de custo e convocação extraordinária.

Entendeu a SRF que tais parcelas possuíam natureza remuneratória e por isso estariam sujeitas à retenção do Imposto de Renda na Fonte. Todavia — como o Legislativo entendia que tais parcelas possuíam natureza indenizatória — não foi realizada a retenção do IRRF (Imposto de Renda Retido na Fonte) sobre tais parcelas.

Desta situação nasceram inúmeras autuações contra centenas de Deputados e ex-Deputados, sob a alegação de que tais parcelas deveriam ter sido tributadas pelo IRRE, mas como o Poder Legislativo não procedeu à retenção caberia, então, aos Deputados pagarem o IR sobre tais parcelas.

Assim, cabe-nos discutir neste momento a natureza jurídica de tais parcelas.

Inicialmente, cumpre fixar algumas premissas necessárias para melhor compreensão da natureza jurídica das parcelas **sub oculis**.

Um exame comparativo entre as Constituições Estaduais demonstra que estas fixam o período de funcionamento das respectivas Assembléias Legislativas. Por exemplo, tanto a Constituição do Estado da Bahia, quanto a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, respectivamente, no seu art. 67 e art. 107 estabelecem que:

‘A Assembléia Legislativa reunir-se-á anualmente, em sua sede, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1^a de agosto a 15 de dezembro.’

Desta forma, percebe-se facilmente que as Constituições Estaduais fixam os períodos de funcionamento da Sessão Legislativa Anual Ordinária entre 15/02 a 30/06 e 1^a/08 a 15/12.

Com efeito, a necessidade do serviço impõe a convocação extraordinária proposta, em determinadas ocasiões específicas, a saber: I - decretação de intervenção federal no Estado ou deste em Município; II - posse ou compromisso do chefe do Poder Executivo e, III - em caso de urgência ou interesse público relevante.

Por tudo isto, a interpretação sistemática destes dispositivos faz compreender que a convocação extraordinária se realiza diante da necessidade do serviço que tem como objetivo maior apreciar e votar determinadas matérias de tramitação em caso de urgência ou interesse público relevante.

Todavia, na prática, verificamos que a maioria das autuações lavradas contra parlamentares decorreram da parcela denominada 'convocação extraordinária', decorrente das denominadas "sessões extraordinárias" realizadas nos meses de *dezembro, janeiro e julho*, isto é, exatamente no período do denominado '*recesso parlamentar*', quando o Deputado deveria estar gozando de uma espécie de '*férias*' ou '*licença-prêmio*' para visitar suas bases eleitorais ou conferir mais de perto as necessidades do cidadão, descansar, e até mesmo restaurar as energias perdidas nos embates legislativos.

Deste modo, a parcela denominada 'convocação extraordinária' está, em verdade, compensando o dano sofrido pela não-utilização do 'recesso parlamentar' em razão da permanência no trabalho decorrente de necessidade do serviço.

Ao analisar situação análoga, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já pacificou a questão, editando duas Súmulas sobre a matéria:

'Súmula n. 125 do STJ

O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço não está sujeito à incidência do imposto de renda'.

'Súmula n. 136 do STJ

O pagamento de licença-prêmio não gozada por necessidade do serviço não está sujeito ao imposto de renda'.

A bem da verdade, o ilustre **Ives Gandra da Silva Martins**, em parecer, teceu comentários sobre a jurisprudência do STJ sobre o assunto nos seguintes termos:

*'Em outras palavras, a jurisprudência se orientou no sentido de que tanto nas indenizações trabalhistas **stricto sensu**, como nas **lato sensu** (em que não há perda de capacidade de adquirir disponibilidade), destinadas a ressarcir o prejuízo, o dano causado ao direito do trabalha-*

dor — também **lato sensu** considerado trabalhador público ou privado — estão fora do campo de incidência do imposto sobre a renda. E é por esta razão que o Ministro José Delgado, no REsp retrocitado declara que não é o inciso XX do artigo 39 do RIR, nem a lei, que definem o limite da indenização trabalhista, para efeitos de tributação, mas o fato de não ser renda. Qualquer valor que ultrapasse aqueles limites não constitui, portanto, renda, como pretende o R.IH., mas está fora da incidência do imposto sobre ela incidente. São indenizações e não renda.’

Neste mesmo sentido, a própria Administração Pública Federal, através do Procurador-Geral da Fazenda Nacional em despacho publicado no DOU I de 06.08.1999, pp. 35/36, já declarou a dispensa da interposição de recursos e a desistência dos já interpostos nas ações que cuidam ‘sobre a cobrança, pela União, do imposto de renda sobre o pagamento (**in pecunia**) de férias não gozadas — por necessidade do serviço — pelo servidor público’, em razão das reiteradas decisões do STJ.

Neste mesmo sentido segue o Parecer PGFN/CRJ n. 921/1999 aprovado pelo Ministro da Fazenda, como se vê:

‘Ministério da Fazenda

Primeiro Conselho de Contribuintes, Processo n. 10880.012658/94-40

Sessão de: 10 de julho de 1997

Acórdão n.: 106-09.161

IRPF — Indenização por férias não gozadas — Sobre o valor da indenização recebida por férias não gozadas, quando for comprovada necessidade de serviço, não incidirá o imposto de renda, por se tratar de verba indenizatória. Recurso provido.’

Por outro lado, no que diz respeito à parcela denominada ‘ajuda de custo’, no âmbito do Congresso Nacional é importante examinar que o Decreto Legislativo n. 07, de 19.01.1995 esclareceu:

Art. 3^a É devida ao parlamentar, no início e no final previsto para a sessão legislativa, ajuda de custo equivalente ao valor da remuneração.

§ 1^a A ajuda de custo destina-se à compensação de despesas com transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento à sessão legislativa ordinária ou à sessão legislativa extraordinária convocadas na forma da Constituição Federal.

§ 2^a Perderá o direito à percepção da parcela final de ajuda de custo o parlamentar que não comparecer a pelo menos dois terços da sessão legislativa.’

Por tudo isto, verifica-se que a parcela ajuda de custo tanto é devida ao Deputado Estadual como ao Deputado Federal na mesma quantidade (no início e no final da sessão legislativa anual) e sob o mesmo fundamento (despesas com transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento à sessão legislativa).

No particular, a SRF tem conhecimento de que os parlamentares possuem domicílio localizado, na sua grande maioria, distante das sedes dos respectivos parlamentos, razão pela qual concluímos que a parcela ‘ajuda de custo’ tem função primordial de compensar as despesas com o transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento à sessão legislativa.

Portanto, como explica o eminente Professor **Amauri Mascaro Nascimento** ao analisar as ajudas de custo:

‘Assim, é da verificação da destinação do pagamento que resultará a sua exata qualificação. Se destinada a ressarcir despesas de movimentação, não será salário’.

Com efeito, verifica-se que, em verdade tal parcela denominada ‘ajuda de custo’ tem destinação específica de compensar ou indenizar a movimentação (transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento à sessão) do parlamentar razão pela qual não se pode incidir imposto de renda sobre essa parcela de nítida natureza indenizatória, posto que tão bem esclareceu a Ministra Eliana Calmon ao julgar o REsp n. 242.413/MG, DJ de 09.10.2000, considerando ‘como indenização todas as parcelas que não se constituem em contraprestação ao trabalho’.

Logo, o simples fato de o pagamento da parcela ‘ajuda de custo’ ser paga no início e no fim de cada sessão legislativa não tem o condão de conduzir para o entendimento de que a parcela seja de natureza salarial, já que, como visto, **Amauri Mascaro** destaca que a natureza jurídica desta parcela se revela pela ‘destinação do pagamento’, que — no caso em exame — era para compensar a movimentação (transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento à sessão) do parlamentar.

Por fim, recentemente o STF ao julgar o RE n. 188.684/SP, decidiu por manter o acórdão do TJ/SP que afastara a incidência de imposto de renda sobre o pagamento de férias não gozadas por servidores do Ministério Público Estadual, em razão de necessidade de serviço, em face de seu caráter indenizatório (CF, art. 153: ‘Compete à União instituir impostos sobre: ...’ ‘III - renda e proventos de qualquer natureza:’). Na oportunidade, foi citado no voto condutor do Ministro Moreira Alves a existência do RE n. 195.059/SP como precedente.

Conclusão

a) A parcela denominada ‘convocação extraordinária’ compensou o dano sofrido pela não-utilização do ‘recesso parlamentar’ em razão da permanência no trabalho decorrente de necessidade do serviço por força do Parecer PGFN/CRJ n. 921/1999, Súmulas ns. 125 e 136 do STJ, não incide imposto de renda na espécie.

b) A parcela ‘ajuda de custo’ destina-se a compensar a movimentação (transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento à sessão) do parlamentar, não incidindo imposto de renda na espécie.

c) as autuações endereçadas aos parlamentares cobrando a incidência do IR sobre ‘convocação extraordinária’ e ‘ajuda de custo’ poderão ser questionadas administrativamente ou judicialmente.”

Em reforço ao tema o STF posicionou-se:

“Ementa: Imposto de renda. Incidência na fonte sobre o pagamento de férias não gozadas por servidor estadual em virtude de necessidade de serviço. — Saber se indenização é, ou não, renda, para o efeito do art. 153, III, da Constituição, é questão constitucional, como entendeu o acórdão recorrido, até porque não pode a lei infraconstitucional definir como renda o que insitivamente não o seja. No caso, porém, ainda que se entendesse, como entende o recorrente, que o critério para caracterizar determinado valor como renda é legal, e que, no caso, teria havido ofensa ao art. 3º da Lei n. 7.713/1988, esse entendimento não lhe aproveitaria, porquanto o Superior Tribunal de Justiça não conheceu do recurso especial, nestes autos, no qual se alegava, entre outras violações, a concernente a esse dispositivo legal, e dele não conheceu por entender que “não incide o imposto de renda sobre o pagamento de férias não gozadas por necessidade de serviço, em razão do seu caráter indenizatório”. — Nesse sentido decidiu esta Primeira Turma, ao julgar o RE n. 195.059. Recurso não-conhecido.” (RE n. 188.684, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 07.06.2002)

O STJ, por seu turno, em motivação diversa concluiu:

“Tributário. Imposto de renda. Não-incidência sobre verbas recebidas a título de ajuda de custo. Cobrança apenas do imposto, em situações idênticas. Prática reiteradamente adotada pela autoridade fazendária (art. 100, inciso III, do Código Tributário Nacional). Legitimidade da pretensão do impetrante. Negativa de vigência à lei não demonstrada. Recurso especial não conhecido.

Se, em várias situações idênticas, a autoridade fazendária afastou os acréscimos legais do tributo, cobrando apenas o imposto de renda devido, o procedimento se caracteriza como prática reiterada na aplicação da legislação tributária, tornando legítima a pretensão do contribuinte.

Embora afirme o recorrente a existência de lei expressa, que teria sido desrespeitada, em momento algum declinou qual seria a legislação pertinente, levando também à conclusão pelo não-conhecimento do recurso especial.” (REsp n. 142.280, Relator Ministro Hélio Mosimann, DJ de 03.05.1999)

Incentivo à demissão voluntária — *Ajuda de custo* — *Indenização* — *Imposto de renda* — *Não-incidência*. A importância paga a servidor público como incentivo à demissão voluntária não esta sujeita à incidência do imposto de renda porque não e renda e nem representa acréscimo patrimonial.

Recurso improvido. (REsp n. 57.319, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 06.03.1995)

Ex positis, *nego provimento* ao recurso especial da Fazenda.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 698.316 — SE (2004/0152920-4)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Nassal Nascimento e Sales Construção Ltda

Advogados: José Rilton Tenório Moura e outros

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Paulo Afonso Sntana e outros

EMENTA

Processual Civil. Mandado de segurança. Compensação de tributos. Direito líquido e certo. Prova pré-constituída.

1. Mandado de segurança é instrumento para tutela do direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ato de autoridade.

2. Só há direito líquido e certo quando o fato jurídico que lhe dá origem está demonstrado por prova pré-constituída.

3. O pressuposto fático do direito de compensar é a existência do indébito. Sem prova desse pressuposto, a sentença teria caráter apenas normativo, condicionada à futura comprovação de um fato.

4. 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, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

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

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 28.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial (fls. 100/124) interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (fls. 86/93) cuja ementa é a seguinte:

“Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração de administradores e autônomos (Leis ns. 7.787/1989 e 8.212/1991). Inexistência de prova pré-constituída. Ausência de liquidez e certeza.

1. O mandado de segurança constitui ação de rito especialíssimo, que exige, como requisito para seu ajuizamento, a prova pré-constituída.

2. Só pode ser deferida compensação tributária na ação mandamental, se ficar demonstrado que o Impetrante recolheu tributo indevidamente. Não havendo a juntada dos documentos comprobatórios dos recolhimentos indevidos, não há preenchimento do requisito referente ao direito líquido e certo.

3. *Apelação improvida*” (fl. 93).

No recurso especial, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa ao art. 66 da Lei n. 8.383/1991 e ao Enunciado da Súmula n. 213-STJ, alegando, em síntese, que (a) a legislação não obriga a comprovação dos recolhi-

mentos para instruir o pedido de compensação; (b) o que se deseja com o presente feito é a declaração preventiva do direito da autora e (c) o caso dos autos prescinde da comprovação de liquidez e certeza dos créditos. Intimado, o recorrido deixou de apresentar contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Mandado de segurança é instrumento para tutela do direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ato de autoridade. O direito nasce do fato (**ex facto oritur jus**). Certeza e liquidez são requisitos que dizem respeito ao fato jurídico de que decorre o direito. Daí afirmar-se que só há direito líquido e certo quando o fato jurídico que lhe dá origem está demonstrado por prova pré-constituída. Não se pode afirmar, com certeza, a existência do direito se não há certeza quanto ao fato que lhe dá suporte. Se os fatos não estão inteiramente comprovados, o impetrante até pode ter direito, mas certamente seu direito não é líquido e certo. As vias do procedimento comum é que, nesses casos, serão as apropriadas para investigar a situação. Não o mandado de segurança.

Esses princípios aplicam-se, também, quando se busca reconhecer e declarar o direito à compensação tributária. Para que seja possível o exercício dessa pretensão na via do mandado de segurança, é indispensável que o impetrante traga aos autos prova pré-constituída da existência e do valor do indébito tributário que busca compensar.

Com efeito, o pressuposto fático do direito de compensar é a existência do indébito. Sem indébito (que é o crédito do contribuinte contra o Fisco) não há compensação possível, e nem, conseqüentemente, qualquer direito a ser reconhecido. Ação judicial, sem essa prova, versaria sobre um direito em tese, e redundaria em sentença de caráter normativo ou com natureza de sentença condicional (subordinaria a existência do direito à futura prova da ocorrência de um fato).

No caso dos autos, o acórdão recorrido afirmou que “compulsando os presentes autos, verifico que o Impetrante não logrou êxito em comprovar o recolhimento efetivo do tributo que pretende compensar. De fato, não há qualquer documento (GRPS’s, DARP’s etc) que comprove o pagamento da contribuição ao pró-labore sob a égide da Lei n. 7.787/1989. Portanto, não está demonstrada, de forma irrefutável, a existência e legitimidade de pretensão crédito tributário em favor da Impetrante” (fl. 87). Segue ainda o acórdão: “não estando suficientemente comprovada a alegação do Impetrante, não há como ser-lhe deferida a compensação, ainda mais em se tratando da estreita via deste **mandamus** que, exigindo a prova pré-constituída,

refuta qualquer forma de dilação probatória” (fl. 88). Ausente portanto a prova pré-constituída necessária à apreciação do mandado de segurança.

2. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial. É o voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 16.888 — DF (2003/0149199-2)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra

Procuradores: Célia Maria Elizabete Santos e outros

T. origem: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Impetrada: Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Recorrido: Osmar Schneider

Advogado: Fábio Schneider

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Decadência. Inocorrência. Precatório. Interpretação da norma do art. 78 do ADCT, introduzido pela EC n. 30/2000. Abrangência pelo parcelamento decenal (a) dos precatórios em atraso quando da promulgação da emenda e (b) dos precatórios que, à época, aguardavam o momento em que deveriam ser cumpridos, sem atraso. Orientação firmada pelo STF em questão análoga.

1. Não tendo decorrido mais de cento e vinte dias entre a publicação do acórdão contra o qual se dirige a impetração e o seu ajuizamento, não há falar em decadência da ação mandamental.

2. O Supremo Tribunal Federal, na interpretação da norma do art. 33 do ADCT, firmou orientação segundo a qual “esse dispositivo constitucional se aplica aos precatórios que, existentes, quando da promulgação da atual Constituição, estavam pendentes de pagamento, ou por não terem sido cumpridos anteriormente, ou por estarem aguardando o momento em que deveriam ser cumpridos sem atraso” (RE n. 161.751-9/SP, Primeira Turma, Ministro Moreira Alves, DJ de 19.04.1996). Entendimento que se aplica à disposição análoga do art. 78 do ADCT, introduzida pela EC n. 30/2000.

3. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

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

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 07.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra acórdão da Corte Especial do TRF da 1ª Região que, em sede de agravo regimental, determinou ao impetrante o pagamento integral de precatório, afastando, assim, a incidência do parcelamento previsto no art. 78 do ADCT. O Tribunal de origem julgou extinto o processo, por reconhecer, com base nos argumentos abaixo reproduzidos, a decadência para a impetração:

“O controverso precatório foi requisitado por este Tribunal Regional Federal da 1ª Região em julho/1999 (Ofício n. 44/1999) e incluído no orçamento do exercício de 2000.

A impetração tem como obstáculo intransponível a decadência.

O tema é, segundo pacífica jurisprudência do STF, de natureza administrativa. Trata-se de seqüência de atos do mesmo conteúdo, que teve início na decisão do Presidente do TRF1, Juiz Tourinho Neto, datada de 28 de fevereiro/2001, por cópia à fl. 32, em que é recusada a argumentação do Incra para o depósito fracionado, ao tempo em que se lhe determinou a integralização da quantia em 15 dias (fl. 32). Aí está o ato potencialmente lesivo. O que se segue são pedidos de reconsideração, agravo regimental, decisão da Corte Especial e despacho do Presidente em cumprimento à decisão do Colegiado. Como é cediço que prazo decadencial não se suspende ou interrompe, é notória a extemporaneidade da impetração, além dos 120 dias desde a primeira ordem (fl. 32).

Pelo exposto, *extingo* o processo com julgamento de mérito, em face da decadência para a impetração (art. 269, IV, do CPC c.c. art. 18 da Lei n. 1.533/1951).” (Fl. 318)

No recurso ordinário (fls. 323/338), o impetrante sustenta, em síntese, que (a) em razão de condenação imposta ao Incra por sentença, expediu-se precatório requisitado pelo TRF da 1ª Região em 09.07.1999, incluído no orçamento do exercício do 2000; (b) ainda na pendência do pagamento do precatório, foi editada a Emenda Constitucional n. 30/2000, que alterou a redação do art. 100 da Constituição e introduziu no ADCT o art. 78; (c) com base na nova legislação, providenciou o Incra o pagamento de 10% do valor requisitado; (d) por entender inaplicável a EC n. 30/2000 aos precatórios com previsão de pagamento no ano de 2000, o Presidente do TRF da 1ª Região determinou a integralização, em 15 dias, do valor do precatório, decisão essa que foi confirmada pelo Colegiado em sede de agravo regimental; (e) contra esse acórdão, publicado em 20.06.2001, dirige-se o presente **mandamus**, impetrado tempestivamente em 18.09.2001; (f) o precatório em questão enquadra-se no conceito de “pendente”, razão pela qual tem a autarquia o direito de quitá-lo de forma parcelada, conforme se constata ainda pela redação do art. 23, § 4º, III, e § 5º, da Lei n. 10.266/2001. Indica julgados do STF em abono à tese esposada. Pede a reforma da decisão, “para determinar ao egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região o processamento e julgamento do mandado de segurança (...), como também, de plano, sejam suspensos os efeitos da decisão recorrida, **ex vi** do parágrafo único do art. 558 do CPC” (fl. 338).

O recorrido, em contra-razões (fls. 344/348), afirma ter se consumado a decadência, uma vez que o recurso administrativo não tem efeito suspensivo, razão pela qual os 120 dias devem ser contados a partir da decisão do Presidente do TRF.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 353/357, opina pelo desprovisionamento do recurso, registrando (a) não ter ocorrido a decadência para a impetração, já que o ato atacado é o acórdão que confirmou a decisão do Presidente da Corte de origem; (b) ser incabível o manejo da ação mandamental contra essa decisão, em função de se revestir de natureza judicial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Sem razão o acórdão recorrido ao reconhecer a decadência para a impetração do presente mandado de segurança. O ato contra o qual se volta o impetrante é a decisão do Colegiado, e não a do Presidente do Tribunal. Ademais, conforme já decidiu a Primeira Turma, na apreciação do REsp n. 496.408/RJ, Ministro José Delgado, DJ de 17.11.2003, “não há decadência para a interposição de mandado de segurança quando a parte o interpõe no prazo de 120 dias, após ter percorrido o **iter** dos recursos administra-

tivos regularmente previstos na órbita da Administração”. Adotam-se aqui as razões expendidas pelo Relator no voto condutor do acórdão, abaixo reproduzidas:

“(…) Acolho, outrossim, como razões de decidir o entendimento de fls. 426/429, que, em toda a sua extensão, aplica-se ao caso em julgamento. Passo a transcrevê-lo:

‘Destaco e rejeito a preliminar de decadência argüida pelo Estado-litisconsorte, por isso que a impetrante nada mais fez do que percorrer o **iter** dos recursos administrativos regularmente previstos, para então, só ao depois, ingressar como presente **mandamus**. Precisa, como sempre, a intervenção da douta Procuradoria Geral de Justiça, neste particular aspecto, e que aqui se adota como razões de decidir, **verbis**:

(…) Se a impetrante não houvesse apresentado seu regular recurso administrativo certamente alegaria o Estado não ter ele esgotado a via administrativa, conformando-se com a decisão. Afora isso temos que na presente hipótese a decisão administrativa tem a característica de decisão judiciariforme, pois tomada, primeiramente, por autoridade singular, cabendo seu reexame por parte do órgão Colegiado, sendo ainda mais inconcebível que esse recurso ao órgão máximo administrativo do Tribunal de Justiça pudesse determinar a decadência. Ao contrário, a decisão do impetrado substitui a decisão anterior, começando a correr o prazo para apresentação desta segurança desde então.”

No caso em exame, o acórdão da Corte Especial impugnado pela presente ação mandamental foi publicado no DJ de 20.06.2001 (fl. 82), sendo tempestivo, pois, o ajuizamento da impetração em 18.09.2001.

2. Cumpre passar então ao exame da questão de fundo, atinente à sujeição ou não ao parcelamento instituído pela Emenda Constitucional n. 30, de 13.09.2000, de precatório com previsão de pagamento no exercício de 2000.

O Supremo Tribunal Federal, em julgados nos quais se discutia a interpretação a ser dada à expressão “precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição”, constante do art. 33 do ADCT, firmou orientação segundo a qual não distingue a norma os precatórios que, quando da promulgação da Carta, aguardavam seu pagamento, no prazo constitucional, daqueles cujo cumprimento já deveria ter sido realizado, mas não o fora, estando, portanto, em atraso. Afirmou o Relator, Ministro Moreira Alves, no voto condutor do acórdão do RE n. 161.751-9/SP, julgado pela Primeira Turma em 06.02.1996, que “não fez ele [art. 33 do ADCT], ao aludir a ‘precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição’, a distinção — feita pelo acórdão recorrido — entre

os precatórios que, quando da promulgação da Constituição, aguardavam seu pagamento, na ordem cronológica e respeitando prazo constitucional para o cabal cumprimento da ordem judicial, e os precatórios que deveriam ter sido cumpridos e não o foram, não sendo, pois, precatórios pendentes de pagamento, mas precatórios atrasados. Ora, não há dúvida de que tanto uns quanto outros são precatórios que, existentes quando da promulgação da atual Constituição, estavam pendentes de pagamento, ou por não terem sido cumpridos anteriormente, ou por estarem aguardando o momento em que deveriam ser cumpridos sem atraso”.

No mesmo sentido, o RE n. 205.532-8/PR, Primeira Turma, Ministro Ilmar Galvão, DJ de 21.08.1998.

Sendo a disposição introduzida pela Emenda Constitucional n. 30, de 13.08.2000, no art. 78 do ADCT análoga àquela prevista no art. 33 do ADCT, ao facultar o pagamento em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, dos “precatórios pendentes na data de promulgação desta emenda”, cumpre, na esteira do entendimento traçado pelo STF, reconhecer estar abrangido pelo referido parcelamento o precatório cujo pagamento deveria ser realizado até 31.12.2000.

3. Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso, para conceder a segurança, cassando a decisão que determinou a integralização do valor do precatório. É o voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 18.040 — SP (2004/0043795-9)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Tadimitsu Nukui e outros

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Impetrado: Juízo de Direito da Vara Cível de Cosmópolis — SP

Recorridos: Sérgio Marcos Tasso e outro

Advogada: Leila Giacomini

EMENTA

Processual Civil. Mandado de segurança. Impetração por empresa pública federal contra ato praticado por Juiz Estadual, em processo de inventário. Competência originária do Tribunal Regional Federal.

1. A competência para julgamento de mandado de segurança impetrado por empresa pública federal é da Justiça Federal (art. 109, I, da CF), mesmo que a autoridade coatora seja autoridade estadual. Aplicação do princípio federativo da prevalência do órgão judiciário da União sobre o do Estado-Membro (Súmula n. 511-STF). Todavia, se o ato atacado foi praticado por Juiz de Direito, deve-se conjugar aquele princípio com o da hierarquia, atribuindo-se competência originária, simetricamente com o disposto no art. 108, I, c, da CF, a órgão jurisdicional superior, ou seja, ao Tribunal Regional Federal. Precedente do STF (RE n.176.8881-9/RS, Pleno, Ministro Ilmar Galvão, DJ de 06.03.1998).
2. Recurso provido, para, de ofício, determinar a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, competente para apreciá-lo.

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 ordinário em mandado de segurança para, de ofício, determinar a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

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

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 28.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso ordinário interposto pela Caixa Econômica Federal, com fundamento nos arts. 105, II, b, da Constituição Federal e 539 do CPC, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou mandado de segurança impetrado para anular decisão de Juiz Estadual, que, em processo de inventário, deferiu pedido de expedição de alvará para levantamento de depósitos de FGTS (créditos complementares dos Planos Econômicos Verão e Collor, previstos pela Lei Complementar n. 110/2001). A ementa do acórdão recorrido é a seguinte:

“Mandado de segurança — Levantamento de saldo de FGTS por herdeiros do titular da conta — Competência da Justiça Comum Estadual — Conce-

didado o alvará apenas com a fixação dos titulares da conta por direito de sucessão, sem discutir a forma e prazos do levantamento, não há que se questionar a aplicação da Lei Complementar n. 110/2001 — ordem denegada. (Fl. 46)

Alega a recorrente, em suma, que a expedição do alvará desrespeitou os requisitos legais autorizadores do levantamento do FGTS, criando nova hipótese de liberação em parcela única não prevista na Lei Complementar n. 110/1991.

A Subprocuradoria Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso, ao argumento de que o levantamento do FGTS traduz atividade de jurisdição graciosa, razão pela qual é da competência da Justiça Estadual autorizá-lo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Em processo de inventário, foi deferido pedido de alvará para levantamento de valores em conta do FGTS, que pertencia ao **de cujus**. Não há dúvida de que o juízo do inventário é o competente para, no âmbito do inventário, decidir as questões próprias desse processo, inclusive autorizar o levantamento de quantias em favor dos herdeiros e sucessores do **de cujus** (CPC, art. 984). Até esse momento a sua atuação tem, em princípio, caráter de jurisdição voluntária. Todavia, se a legitimidade dessa decisão for questionada por terceiro que se diz prejudicado, haverá, aí, a instalação de um novo processo, litigioso, cuja competência se regerá por regime próprio, sem vinculação necessária com o inventário. Não há, com efeito, juízo universal absoluto em processo de inventário (**v.g.**: CPC, art. 984, parte final, e art. 1.018).

2. Foi o que ocorreu no caso. Tendo havido, no inventário, autorização para levantamento de depósito do FGTS e tendo a Caixa Econômica Federal considerado que o levantamento não atende os pressupostos legais, assiste a ela, gestora do FGTS, na condição de terceiro prejudicado, a faculdade de opor-se àquela decisão, inclusive por via de mandado de segurança.

3. Resta saber qual é o juízo competente para o julgamento do mandado de segurança. Embora tal matéria não tenha sido suscitada no processo, nada impede que, em sede de recurso ordinário, o STJ a conheça de ofício, pois se trata de competência absoluta.

4. A competência para as causas propostas por empresa pública federal é da Justiça Federal (art. 109, I, da CF), inclusive em se tratando de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade estadual (Sobre o tema: **Bochenek, Antônio César**. “Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Cíveis”, SP, RT, 2004, p. 122). Aplica-se, à situação, o princípio, próprio e carac-

terístico do sistema federativo, da prevalência do órgão judiciário da União sobre o do Estado-Membro, por força do qual resultou a Súmula n. 511-STF: “Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandado de segurança, ressalvada a ação fiscal, nos termos da Constituição Federal de 1967, art. 119, § 3^o”. Tal enunciado, observou apropriadamente **Roberto Rosas**, “estende-se às empresas públicas federais: RE n. 95.074, RTJ 101/1.2095” (“Direito Sumular”, 12^a ed., Malheiros, p. 252).

5. Todavia, há, aqui, a peculiaridade importante de se tratar de mandado de segurança em que o ato atacado foi praticado por Juiz de Direito. O princípio federativo deve prevalecer, certamente, inclusive para esses casos. Entretanto, a ele há de ser agregado outro princípio constitucional, o da hierarquia, consagrado no art. 108, I, **c** e **d** da CF, que submete os atos do juiz de primeiro grau a controle direto de órgão judiciário superior, mesmo quando atacado por ação autônoma de **habeas data**, mandado de segurança e **habeas corpus**. Conseqüentemente, em se tratando de mandado de segurança contra ato de juiz de direito, cumpre, por simetria, atribuir competência originária para processá-lo e julgá-lo a órgão jurisdicional superior, que, para o caso, será o Tribunal Regional Federal da 3^a Região. É nesse sentido o precedente do STF no RE n.176.8881-9/RS, Pleno, Ministro Ilmar Galvão, DJ de 06.03.1998. Solução semelhante tem sido dada para as ações rescisórias de sentenças proferidas pela Justiça dos Estados quando nelas figurar, como parte ou interveniente, um ente federal (Precedentes do STJ: CC n. 5.427-3, Segunda Seção, Ministro Cláudio Santos, DJ de 20.02.1995; REsp n. 94.332, Quarta Turma, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 15.03.1999).

6. Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para, de ofício, determinar a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 3^a Região, competente para conhecer da impetração, e julgá-la.

É o voto.