

Jurisprudência da Segunda Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO
DE INSTRUMENTO N. 326.196 – SP**

(Registro n. 2000.0083201-4)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradores: Kate A. de Souza Callejão e outros
Agravado: Eucatex S/A, Indústria e Comércio
Advogados: Nelson Lombardi e outros

EMENTA: Agravo regimental em agravo de instrumento – ICMS – Compra e venda a prazo – Encargos de financiamento – Operações distintas – Exclusão dos encargos da base de cálculo do ICMS – Precedentes – Agravo não provido.

Há entendimento pacífico na jurisprudência desta egrégia Corte Superior de Justiça no sentido de que as operações de compra e venda da mercadoria são distintas das operações de financiamento, e os encargos financeiros estão excluídos da base de cálculo do ICMS.

Aplica-se à espécie, **mutatis mutandis**, o mesmo raciocínio que ensejou a edição na Súmula n. 237 desta Corte, a qual estabelece que “nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS”, razão porque não prospera a alegação da recorrente no sentido de que “o tratamento sumular dispensado às operações efetuadas com cartão de crédito, difere diametralmente dos casos de venda a prazo”.

Agravo não provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 27 de novembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 25.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de agravo regimental tirado pela Fazenda do Estado de São Paulo de decisão que conheceu do agravo de instrumento para dar provimento a recurso especial no qual a Recorrente pleiteou a reforma do v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que entendeu devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS incidente sobre vendas a prazo “todas as importâncias, despesas acessórias, juros, acréscimos, bonificações ou outras vantagens a qualquer título recebidas pelo contribuinte”.

Sustenta a Recorrente que a decisão agravada baseou-se em precedentes orientados pela Súmula n. 237-STJ, e “o tratamento sumular dispensado às operações efetuadas com cartão de crédito, difere diametralmente dos casos de venda a prazo, eis que neste a empresa irá se beneficiar não do pagamento de tributo a título de ‘custo financeiro’, sem sequer tratar-se de instituição financeira” (fls. 191/193).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Não merece prosperar a irresignação.

Há entendimento pacífico na jurisprudência desta egrégia Corte Superior de Justiça no sentido de que as operações de compra e venda da mercadoria são distintas das operações de financiamento, e os encargos financeiros estão excluídos da base de cálculo do ICMS.

Assim, a nota fiscal entregue ao comprador da mercadoria expressa o **quantum** sobre o qual deve incidir o ICMS, sujeito à correção monetária, que representa mera atualização do valor da moeda.

Aplica-se à espécie, **mutatis mutandis**, o mesmo raciocínio que ensejou a edição da Súmula n. 237 desta Corte, a qual estabelece que “nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS”, razão porque não prospera a alegação da Recorrente no sentido de que “o tratamento sumular dispensado

às operações efetuadas com cartão de crédito, difere diametralmente dos casos de venda a prazo” (fl. 192).

A reforçar esse entendimento, confira-se os seguintes precedentes:

“Processual Civil e Tributário. Agravo de instrumento conhecido e recurso especial provido. ICMS. Base de cálculo. Custos de financiamento. Não-incidência. Prequestionamento e dissídio comprovados.

1. Não integram a base de cálculo do ICMS os encargos de financiamento do preço da mercadoria, nas operações de compra e venda. Precedentes.

2. Nega-se provimento ao agravo interposto contra a decisão que conheceu do agravo de instrumento, para dar provimento ao recurso especial, quando infundadas as alegações de falta de prequestionamento e de não-caracterização do dissídio jurisprudencial.

3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag n. 314.741-SP, relatora Min.^a Eliana Calmon, *in* DJ de 12.2.2001).

“ICMS. Venda a prazo. Incidência, na base de cálculo, dos encargos financeiros. Impossibilidade. Manutenção da decisão que conheceu do agravo de instrumento para dar provimento ao especial.

1. Nas vendas a prazo, não são incluídos, na base de cálculo do ICMS, os encargos decorrentes do financiamento do preço das mercadorias.

2. Manutenção da decisão que conheceu do agravo de instrumento para dar provimento ao especial, ante a existência de prequestionamento implícito da matéria federal afrontada.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 323.642-SC, relator Min. José Delgado, *in* DJ de 12.3.2001).

“Tributário. ICMS. Base de cálculo. Financiamento do preço. Vendas a prazo.

Os encargos relativos ao financiamento do preço nas vendas feitas a prazo não integram a base de cálculo do ICMS.

Recurso provido.” (REsp n. 258.004-SP, relator Min. Garcia Vieira, *in* DJ de 18.9.2000).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 127.927 – AL

(Registro n. 97.0026143-3)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Agravante: Fazenda Nacional
Procuradores: Adonias dos Santos Costa e outros
Agravada: Retífica Exata Ltda
Advogados: Rita Valéria Carvalho Cavalcante e outros

EMENTA: Processual Civil – Agravo regimental – Recurso especial – Mandado de segurança – Caráter preventivo – Não-recolhimento – Finsocial – Cabimento.

– É admissível o ajuizamento de mandado de segurança preventivo objetivando não ver concretizada situação individual claramente definida – cobrança do Finsocial nos termos do Decreto-Lei n. 1.940/1992 – não se tratando de impetração contra lei em tese.

Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Acompanharam o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Franciulli Netto e Eliana Calmon.

Brasília-DF, 7 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 8.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: A hipótese é de agravo regimental que contesta decisão do seguinte teor:

“Retífica Exata Ltda interpõe recurso especial, calcado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, desafiando acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, por maioria, extinguiu o processo sem julgamento do mérito ao entendimento de que o mandado de segurança impetrado pela ora recorrente, objetivando eximir-se do recolhimento do Finsocial, ataca lei em tese.

Sustenta a Recorrente, em síntese, contrariedade ao art. 1º da Lei n. 1.533/1951, bem como divergência jurisprudencial com julgados deste Tribunal.

O recurso merece acolhimento.

A jurisprudência desta Corte consolidou-se em sentido contrário ao do aresto hostilizado.

Sobre o tema, confira-se, dentre outros, os seguintes precedentes:

A – ‘Processo Civil. Mandado de segurança preventivo em matéria tributária. A lei instituidora do tributo que o contribuinte considere inexigível constitui ameaça suficiente para a impetração de mandado de segurança preventivo, na medida em que deve ser obrigatoriamente aplicada pela autoridade fazendária (CTN, artigo 142, parágrafo único). Recurso especial conhecido e provido.’ (REsp n. 105.250-CE, relator p/ acórdão o Ministro Ari Pargendler, DJU de 14.2.2000).

B – ‘Processual Civil. Mandado de segurança. Finsocial. Lei em tese. Caráter preventivo.

1. Por o Fisco não deixar de exigir o pagamento de tributo criado por lei, sob pena de cometer infração administrativa e penal, não se exige para se discutir a exação tributária, em sede de mandado de segurança, que haja ato concreto da autoridade pública ameaçando ou exigindo o contribuinte para cumprir a obrigação.

2. Configurada essa situação, mandado de segurança impetrado tem cunho preventivo, afastando-se a sua caracterização como interposto contra lei em tese.

3. Embargos de divergência rejeitados para acolher acórdão que entendeu como acima exposto.’ (EResp n. 21.142-CE, relator o Ministro José Delgado, DJU de 6.4.1998).

Anote-se, ainda, os seguintes julgados: REsp n. 105.248-CE, relator o Ministro José de Jesus Filho, DJU de 14.4.2000, e o REsp n. 135.825-CE, relatora a Ministra Eliana Calmon, DJU de 11.11.1999.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, para, anulando o acórdão recorrido, determinar que nova decisão seja proferida, desta feita com análise de mérito.”

Sustenta a agravante, Fazenda Nacional, em preliminar, que a irresignação manifestada pela Recorrente não teria apontado os dispositivos legais tidos por violados.

Aduz, ainda, que a exigência do prequestionamento não restou satisfeita, visto que não houve manifestação do Tribunal a respeito da questão federal suscitada.

Após tecer considerações sobre a inadequação do uso do mandado de segurança contra lei em tese, finaliza asseverando que “a Recorrente-impetrante não notificou a prática de qualquer ato concreto, real, da autoridade administrativa-tributária, nem a ocorrência de qualquer fato imponível...” (fl. 183).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): O presente agravo regimental não merece provimento.

Inicialmente, de registrar que as razões do recurso especial declinam com clareza o dispositivo legal tido por violado; qual seja, o artigo 1^a da Lei n. 1.533/1951.

Quanto à alegada ausência do prévio debate acerca da questão suscitada, o recurso especial, dispondo o aresto recorrido sobre a inadequação da via mandamental, tenho por satisfeita a exigência do prequestionamento.

No que diz com a matéria de fundo, a decisão hostilizada baseou-se no entendimento da Corte segundo o qual, “tratando-se de pedido de caráter preventivo e não contra lei em tese, havendo justo receio diante de ameaça concreta, tem cabimento o mandado de segurança” (REsp n. 208.901-PE, relator o Ministro Hélio Mosimann, DJU de 1.7.1999).

No mesmo sentido dos precedentes indicados na decisão agravada, destaco:

“Processual Civil. Mandado de segurança preventivo. Objetivo: não-recolhimento do Finsocial. Cabimento.

É cabível mandado de segurança preventivo impetrado com o visio de eximir-se o contribuinte do recolhimento da contribuição para o Finsocial, se o **mandamus** tem por finalidade afastar situação individual, objetiva e concreta, não se configurando, **in casu**, a hipótese de lei em tese. Precedentes.

Recurso a que se nega provimento. Decisão unânime.” (REsp n. 80.427-SP, relator o Ministro Demócrito Reinaldo, DJU de 16.12.1996).

Do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Srs. Ministros, fico vencido. E o faço por entender inconstitucional a nova redação do art. 557 e §§ 1^a-A e 1^a. Penso que infringem a Constituição, negando os princípios do contraditório, ampla defesa, publicidade dos julgamentos e presença dos advogados na tribuna.

No caso dos autos, vencido na argüição de inconstitucionalidade, tenho por ilegal e nulo o procedimento adotado. É que julgado e provido monocraticamente o agravo de instrumento convolado em recurso especial (art. 557, § 1^a-A), poderá utilizar-se a parte-vencida do agravo que se diz “interno” ou “legal”. E, se não houver retratação, “o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto, provido o agravo, o recurso terá seguimento”.

Indago, qual o objeto do agravo? O mérito da causa? Nos termos do § 1^a, não. É que, se “provido o agravo, o recurso terá seguimento”. Qual será o recurso que terá seguimento? Por certo, o recurso especial, pois o agravo já terá sido provido.

Negando provimento ao agravo, a decisão será de mérito? E poderá validar-se o julgamento de agravo, recurso de decisões interlocutórias, sem a contraminuta do agravado, publicação de pauta e possível participação de advogado? Penso que não.

Demais disso, da decisão exarada com apoio no § 1^a-A do art. 557, não caberá agravo regimental, por isso mesmo que este se limita a reformar a decisão de admissibilidade ou não do recurso pelo Relator.

À vista do exposto e preliminarmente, dou provimento ao agravo para anular a decisão agravada.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 328.355 – MG

(Registro n. 2000.0087404-3)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Embargantes: José Geraldo de Alcântara e outros
Advogados: Kátia Pereira Gonçalves Benedetti e outros
Embargada: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Edson Pereira da Silva e outros
Interessada: União

EMENTA: Processo Civil – Interposição, em peças distintas, mas, simultaneamente de embargos de declaração e agravo regimental – Mesmo objeto – Afronta ao princípio da unirrecorribilidade – Preclusão consumativa configurada em relação ao segundo recurso (embargos declaratórios) – Recurso não conhecido.

– Subsiste em nosso sistema processual civil o princípio da singularidade, também denominado da unicidade do recurso, ou unirrecorribilidade. Esse princípio consagra a premissa de que para cada decisão a ser atacada há um recurso próprio e adequado previsto no ordenamento jurídico.

– Em face da similitude dos fundamentos recursais, o direito de recorrer da parte-embargante se exauriu com a interposição do primeiro recurso (agravo regimental – fls. 98/99), que será devidamente analisado. Dessarte, o advento do segundo (embargos de declaração – fls. 100/101), demonstra a ocorrência da denominada preclusão consumativa.

– Embargos declaratórios não conhecidos.

– Decisão por unanimidade de votos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer dos embargos declaratórios, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros

Laurita Vaz, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 18 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 18.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Versa o presente sobre embargos de declaração opostos por José Geraldo de Alcântara e outros, com espeque no artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, a pretexto de que a decisão monocrática proferida em agravo de instrumento contém eivas que merecem ser extirpadas.

Almeja a parte-embargante que fique consignado na decisão hostilizada que os honorários advocatícios, estabelecidos no **decisum** sejam devidamente compensados.

É o sucinto relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Depreende-se dos autos que a parte-embargante ajuizou, em peças distintas, mas, concomitantemente, agravo regimental, deduzindo em suas razões os mesmos termos da irresignação apresentada por ocasião dos presentes declaratórios.

Com o fito de bem evidenciar essa assertiva, infere-se dos autos que os pleitos recursais estão ancorados no seguinte **desideratum: ipso facto**, confiando nos sábios suplementos jurídicos de V. Ex.^{as}, requerem os Embargantes, que V. Ex.^a determine a compensação dos honorários advocatícios a serem distribuídos entre as partes". (cf. fls. 99 e 101).

À evidência, a parte-recorrente almeja mais de um pronunciamento judicial, acerca de uma única irresignação.

Em vista dessas peculiaridades, é de rigor lembrar que subsiste em nosso sistema processual civil o princípio da singularidade, também

denominado da unicidade do recurso, ou unirrecorribilidade. Esse princípio consagra a premissa de que para cada decisão a ser atacada há um recurso próprio e adequado previsto no ordenamento jurídico.

Conquanto seja cedo, mister se faz ressaltar que o sobredito princípio recursal admite, dentre as exceções, a possibilidade de interposição de embargos de declaração com outro recurso. Todavia, não há perder de enfoque, também, que os declaratórios devem estar fundados em pressupostos específicos que, evidentemente, são distintos daqueles admitidos para o ajuizamento de agravo regimental.

No particular, reitera-se, sob a alegação de que a decisão hostilizada não merece prevalecer, os Recorrentes fundamentam as razões de embargos nas mesmas ilações insertas nas razões de agravo regimental. Denota-se, pois, evidente abuso no direito de recorrer.

Assim, em face da similitude dos fundamentos recursais, o direito de recorrer da parte-embargante se exauriu com a interposição do primeiro recurso (agravo regimental – fls. 98/99), que será devidamente analisado. Dessarte, o advento do segundo (embargos de declaração – fls. 100/101), demonstra a ocorrência da denominada preclusão consumativa.

Aliás, para bem aclarar a **questio**, é de bom conselho trazer à colação as lições do saudoso mestre **José Frederico Marques**, com a acuidade que o notabilizou, ao dissertar que “dá-se a preclusão consumativa quando a faculdade processual já foi exercida validamente. Ela se funda na regra do **no bis in idem**, e, no Direito Positivo, tem seu assento legal no que preceitua o art. 289 do Código de Processo Civil de 1939, **in verbis**: ‘Nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide’” (cf. Instituições de Direito Processual Civil, 1ª reedição revista, atualizada e complementada por **Ovídio Rocha Barros Sandoval**, Millennium Editora, v. II, p. 384, 2000, Campinas-SP).

Pelo que procede, não conheço dos embargos de declaração.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 328.355 – MG

(Registro n. 2000.0087404-3)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Agravantes: José Geraldo de Alcântara e outros
Advogados: Kátia Pereira Gonçalves Benedetti e outros
Agravada: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Edson Pereira da Silva e outros
Interessada: União

EMENTA: Agravo regimental – Pretendida compensação dos honorários advocatícios estabelecidos na decisão atacada – Não-provimento.

– O desfecho dado ao presente recurso se coaduna com a linha de entendimento esposado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, consoante se infere do julgamento do EDcl no REsp n. 226.855-7-RS, in DJ de 1.12.2000, relatado pelo Ministro Moreira Alves, ao consignar que “tendo em vista a ocorrência de sucumbência recíproca, declaro que as custas e honorários de advogados fixados no recurso de apelação sejam repartidos e compensados entre as partes, na proporção de suas sucumbências”.

– Agravo regimental a que se nega provimento.

– Decisão por unanimidade de votos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 18 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 18.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de agravo regimental contra decisão monocrática proferida em agravo de instrumento, cuja

discussão envolveu o direito à correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao FGTS.

Almejam os Agravantes que fique constando da decisão hostilizada que os honorários advocatícios, estabelecidos no **decisum**, sejam devidamente compensados.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): A pretensão deduzida cinge-se em determinar a compensação dos honorários advocatícios estabelecidos na decisão atacada.

Por primeiro, rememore-se que o **decisum** impugnado estabeleceu, nesse particular, que as partes deverão arcar com “as verbas da sucumbência, incluídos os honorários advocatícios estabelecidos na origem, na proporção do respectivo decaimento” (fl. 96).

O uso mencionado desfecho está em sintonia com a linha de entendimento esposado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, consoante se infere do julgamento do EDREsp n. 226.855-7-RS, **in** DJ de 1.12.2000, relatado pelo Ministro Moreira Alves, ao consignar que “tendo em vista a ocorrência de sucumbência recíproca, declaro que as custas e honorários de advogados fixados no recurso de apelação sejam repartidos e compensados entre as partes, na proporção de suas sucumbências”.

Esses posicionamentos encontram-se albergados no artigo 21 do estatuto processual civil, ao dispor que “se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”.

Extrai-se, dessas colocações, que é elementar que, em sendo vencedores e vencidos os demandantes, essa situação deverá ser regida pelo dispositivo processual pertinente.

Aliás, para bem demonstrar essa circunstância, é de rigor trazer à balha v. acórdão do ilustre Ministro Hélio Mosimann ao pontificar que “se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca mas também proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários advocatícios” (cf. REsp n. 163.122-SP, **in** DJ de 7.2.2000).

Pelo que precede, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO
REGIMENTAL NO AGRAVO DE
INSTRUMENTO N. 321.435 – SP**

(Registro n. 2000.0072075-5)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Embargante: Mayer do Brasil Máquinas Têxteis Ltda
Advogados: Francisco de Assis Pereira e outros
Embargada: Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A
Advogados: Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros

EMENTA: Tributário e Processual Civil – Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento – Tarifa de energia elétrica – Plano Cruzado – Majoração – Restituição.

1. Inexistência no acórdão embargado de omissão ou obscuridade a ser sanada, restando plenamente explicitada a ilegalidade de aumento das tarifas de energia elétrica instituída pelas Portarias n. 38 e 45, do DNAEE, o que só perdurou até a edição da Portaria n. 153/1986.

2. Fica demonstrado nos aclaratórios apenas o inconformismo da parte em relação ao desfecho da lide e sua pretensão de modificá-lo, o que não encontra amparo na via eleita.

3. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília-DF, 4 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministra Laurita Vaz, Relatora.

Publicado no DJ de 25.2.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Mayer do Brasil Máquinas Têxteis Ltda interpôs agravo de instrumento em face decisão do Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo que negou trânsito a recurso especial.

O Ministro Paulo Gallotti, então relator, negou provimento ao agravo de instrumento ao argumento de estar pacificado nesta Corte entendimento no sentido da legalidade das Portarias n. 38 e 45, que autorizaram o aumento das tarifas de energia elétrica durante o congelamento determinado nos Decretos-Leis n. 2.283 e 2.284, ambos de 1986, o que só perdurou até a edição da Portaria n. 153/1986.

Inconformado, interpôs a essa decisão agravo regimental, asseverando “que o ‘efeito cascata’ perdurou independentemente do descongelamento da economia enquanto vigeu o sistema de remuneração garantida, incidindo percentuais sobre os preços anteriores, que no caso, reconhecidamente viciados pela ilegalidade” (fl. 102). Trouxe, ainda, como paradigma o REsp n. 125.393-RS.

Esta egrégia Turma, por unanimidade, com a ressalva do Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, negou provimento ao agravo regimental, cujo acórdão restou assim ementado:

“Processual Civil. Agravo regimental. Tarifas de energia elétrica. Portaria n. 153/1986, DNAEE. Legalidade.

1. Pacífica a jurisprudência desta Corte sobre a ilegalidade das portarias do DNAEE que majoraram as tarifas de energia elétrica durante o congelamento de preços instituído pelos Decretos-Leis n. 2.283 e 2.284, de 1986, sem, contudo, contaminar os aumentos futuros.

2. Agravo regimental improvido.” (fl. 112).

Ainda inconformado, opôs embargos declaratórios, sustentando, em síntese, ser ilegal a vinculação da restituição tão e somente, até a edição da Portaria DNAEE n. 153/1986. Que apenas uma minoria das decisões do STJ é que apontam tal portaria como momento para determinar o fim do período de direito à restituição do indébito.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Verifica-se que não há no

acórdão embargado omissão ou obscuridade a ser sanada, restando plenamente explicitada a ilegalidade de aumento das tarifas de energia elétrica instituída pelas Portarias n. 38 e 45, do DNAEE, o que só perdurou até a edição da Portaria n. 153/1986.

Demonstram os aclaratórios apenas o inconformismo da parte em relação ao desfecho da lide e sua pretensão de modificá-lo, o que não encontra amparo na via eleita.

De outra parte, apenas por apego ao argumento, trago à colação, a respeito da alegação do Embargante, o precedente do eminente Ministro José Delgado, no REsp n. 318.370-SP, DJ de 27.8.2001, de onde se extrai o seguinte excerto:

“Tributário. Tarifa de energia elétrica. Plano Cruzado. Decretos-Leis n. 2.283 e 2.284, de 1986. Portarias DNAEE n. 38, 45 e 153, de 1986. Congelamento de preços. Majoração. Restituição.

1. As Primeira e Segunda Turmas desta Corte Superior, no momento atual, não divergem de entendimento a respeito da situação referente ao aumento das tarifas de energia elétrica durante o período de congelamento instituído pelo Plano Cruzado.

2. Assentada está a jurisprudência das referidas Turmas de que o ‘congelamento instituído pelos Decretos-Leis n. 2.283 e 2.284, de 1986, só produziu efeitos enquanto vigente esse diploma legal; depois, as tarifas de energia elétrica voltaram a ser calculadas de acordo com os respectivos custos’ (REsp n. 90.352-SC, rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ de 11.11.1996, – ementa do acórdão embargado, cujo relator foi o eminente Ministro Ari Pargendler, REsp n. 126.489).

3. No REsp n. 83.684-SP, rel. Ministro Pádua Ribeiro (DJ de 6.5.1996), ficou acentuado que ‘a declaração de ilegalidade do reajuste das tarifas não contamina os aumentos futuros que incidam sobre aquele. Com efeito, liberados os preços, nenhum impedimento havia para que as tarifas fossem reajustadas na conformidade com os custos dos insumos, podendo, inclusive, daí por diante, incorporar os custos anteriores e, portanto, tornar eficaz o aumento decorrente das citadas portarias’.

4. É devida a restituição dos valores pagos a maior, acrescidos das devidas cominações legais.

5. Após o ‘descongelamento’ dos preços, o primeiro aumento, autorizado pela Portaria DNAEE n. 153, de 26.11.1986, não adveio na forma de percentual incidindo sobre o preço anterior, mas, sim, com a fixação do ‘kw’ em valores da moeda corrente à época (cruzados novos). Em consequência, o reajuste ilícito restringe-se ao consumo verificado até a revogação das Portarias n. 38 e 45, de 1986, pela Portaria n. 153/1986. Sendo revogada a Portaria n. 45/1986 pela de n. 153, de 27.11.1986, tem-se ser a restituição circunscrita apenas ao período em que vigorou a majoração. O recolhimento indevido só atinge o período de congelamento, isto é, desde a edição do Decreto-Lei n. 2.283/1986 até a liberação dos preços.

6. Precedentes desta Corte Superior.

7. Recurso parcialmente provido.”

Confira-se, ainda, no mesmo sentido, o Ag n. 282.184-SP, relatado pelo eminente Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 10.4.2000 e REsp n. 123.922-SP, relatado pela eminente Ministra Eliana Calmon, DJ de 2.5.2000.

Destarte, à míngua de seus pressupostos, rejeito os embargos.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 9.707 – PR

(Registro n. 98.0030835-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Recorrente: Alunar Agência de Viagens Ltda
Advogados: Romeu Felipe Bacellar Filho e outro
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Impetrados: Secretário de Administração do Estado do Paraná e
Chefe da Coordenadoria de Administração de Serviços da Secretaria de Administração do Estado do Paraná
Recorrido: Estado do Paraná
Advogados: Márcia Dieguez Leuzinger e outros

EMENTA: Recurso em mandado de segurança – Administrativo – Licitação – Sanção imposta a particular – Inidoneidade – Suspensão a todos os certames de licitação promovidos pela Administração Pública que é una – Legalidade – Art. 87, inc. II, da Lei n. 8.666/1993 – Recurso improvido.

I – A Administração Pública é una, sendo, apenas, descentralizado o exercício de suas funções.

II – A recorrente não pode participar de licitação promovida pela Administração Pública, enquanto persistir a sanção executiva, em virtude de atos ilícitos por ela praticados (art. 88, inc. III, da Lei n. 8.666/1993). Exige-se, para a habilitação, a idoneidade, ou seja, a capacidade plena da concorrente de se responsabilizar pelos seus atos.

III – Não há direito líquido e certo da recorrente, porquanto o ato impetrado é perfeitamente legal.

IV – Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 4 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministra Laurita Vaz, Relatora.

Publicado no DJ de 20.5.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela pessoa jurídica de direito privado Alunar Agência de Viagens Ltda, em face do acórdão proferido pelo 1º Grupo de Câmaras Cíveis do colendo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que denegou a segurança ao mandado de segurança impetrado pela Recorrente.

A parte-autora pleiteou no Tribunal de origem, por intermédio de ação mandamental, a concessão da segurança para que a pena de suspensão temporária do registro cadastral, aplicada à Recorrente pela Companhia de Saneamento do Paraná S/A, ficasse adstrita ao âmbito administrativo interno da Secretaria de Estado da Administração do Paraná – Sanepar (fls. 2/21).

Acostado aos autos, o conjunto probatório que cientifica a suspensão imposta pela Sanepar à empresa de viagens Alunar, excluindo-a de participar dos certames de licitação junto aos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta daquele Estado, até a data de 6 de junho de 1997 (fl. 68).

O órgão colegiado **a quo**, verificando a ausência de ilegalidade no ato da autoridade coatora que estendeu a penalidade administrativa a toda a Administração Pública do Paraná, denegou a segurança pretendida pela agência de turismo (fls. 131/136).

Oferecidas às fls. 149/165, tempestivamente, as razões pela Recorrente, devidamente acompanhadas pelo respectivo preparo (fl. 167).

Ouvida às fls. 187/190, a ilustre representante do Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento do recurso, e, se conhecido, pelo improvimento.

É o breve relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Cumpre-se, preambularmente, proceder à análise do juízo de admissibilidade do recurso ordinário, quais sejam: o cabimento, a tempestividade, o preparo, a regularidade formal, a legitimidade recursal, o interesse recursal e a inexistência de ocorrência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer; para que se possa adentrar no mérito da questão.

Verifica-se que a Recorrente interpôs o presente recurso, tempestivamente, após o término do período de recesso do Tribunal de Justiça do Paraná, bem como, recolheu devidamente o preparo no ato da interposição (fl. 167).

Na linha dos precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, as férias e o recesso forense suspendem os prazos, ao contrário dos feriados, ainda que contínuos e/ou contíguos às férias, que apenas os prorrogam, a teor dos arts. 179 e 184, § 1º, do Código de Processo Civil.

Seguindo ao exame do presente recurso, vislumbro a existência de circunstância prejudicial à súplica da Recorrente.

Como bem acentuado pela insigne Subprocuradora-Geral da República, Dra. Gilda Pereira de Carvalho Berger, houve, no caso, superveniente perda do interesse recursal:

“Primeiramente, há de se ressaltar que já por ocasião da prolação do acórdão recorrido, em 7 de agosto de 1997, já perdera o objeto o mandado de segurança. É que a penalidade contra a qual se debatia já expirara, em 6.6.1997 o prazo de sua vigência.”

Com efeito. Assiste razão ao membro ministerial.

O ato da autoridade coatora que declarou a pessoa jurídica Alunar Agência de Viagens Ltda como inidônea, estabeleceu a suspensão da empresa no Cadastro de Licitantes do Estado do Paraná, *até a data de 6 de junho de 1997* (fl. 68). Logo, inexistiu lesão ao direito individual da Recorrente em face do perpasso do lapso temporal que sobreveio a esta demanda.

À luz da doutrina, o Professor **Nelson Luiz Pinto** (em sua obra *Manual dos Recursos Cíveis*, 2ª ed., Malheiros, 2000, p. 65) discorre sobre o juízo de admissibilidade dos recursos, **in verbis**:

“Afere-se, pois, o interesse de agir, uma das condições da ação, também o interesse recursal assenta-se no binômio necessidade/utilidade. Tem-se como útil o recurso capaz de proporcionar ao recorrente uma posição ou condição mais vantajosa, quer no plano do direito material, quer no plano meramente processual, do que aquela em que ele se encontra em face da decisão judicial contra a qual pretende recorrer.

Já a necessidade consiste na imprescindibilidade de que seja interposto o recurso para que aquilo possa eventualmente vir a acontecer, ou seja, sem a interposição do recurso, não haverá como o recorrente obter o mesmo resultado.”

Conseqüentemente, a ausência do atendimento a um dos requisitos recursais objetivos implicará o *não-conhecimento* do recurso, de forma a impossibilitar que este seja procedimentado.

O juízo onde foi proferida a decisão recorrida tem, em regra, competência para o exame da admissibilidade provisória do recurso, competindo,

porém, o exame definitivo sobre a admissibilidade do recurso ao Tribunal **ad quem**. Portanto, embora o Tribunal **a quo** profira decisão positiva quanto à sua procedimentação, nada obsta que o colegiado **ad quem** declare sua inadmissibilidade, deixando o recurso de ser conhecido e, por conseguinte, prejudicada, a apreciação do mérito.

Ressalte-se que a observância dos pressupostos recursais objetivos é **conditio sine qua non** para que o Tribunal **ad quem** adentre no mérito do recurso.

Assim, por restarem insatisfeitos os requisitos de admissibilidade em virtude da inegável perda do seu objeto, *não conheço* do presente recurso.

É como voto.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sra. Ministra-Presidente, nessa hipótese, não há perda de interesse.

Conheço do recurso.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela pessoa jurídica de direito privado Alunar Agência de Viagens Ltda, em face do acórdão proferido pelo 1º Grupo de Câmaras Cíveis do colendo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que denegou a segurança ao mandado de segurança impetrado pela Recorrente.

A parte-autora pleiteou no Tribunal de origem, por intermédio de ação mandamental, a concessão da segurança para que a pena de suspensão temporária do registro cadastral, aplicada à Recorrente pela Companhia de Saneamento do Paraná S/A, ficasse adstrita ao âmbito administrativo interno da Secretaria de Estado da Administração do Paraná – Sanepar (fls. 2/21).

Acostado aos autos, o conjunto probatório que científica a suspensão imposta pela Sanepar à empresa de viagens Alunar, excluindo-a de participar dos certames de licitação junto aos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta daquele Estado, até a data de 6 de junho de 1997 (fl. 68).

O órgão colegiado **a quo**, verificando a ausência de ilegalidade no ato

da autoridade coatora que estendeu a penalidade administrativa a toda a Administração Pública do Paraná, denegou a segurança pretendida pela agência de turismo (fls. 131/136).

Oferecidas às fls. 149/165, tempestivamente, as razões pela Recorrente, devidamente acompanhadas pelo respectivo preparo (fl. 167).

Ouvida às fls. 187/190, a ilustre representante do Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento do recurso, e, se conhecido, pelo improvimento.

Colocado em julgamento nesta Turma, na sessão de 28 de agosto de 2001, a Colegiatura afastou a aparente existência de circunstância prejudicial à súplica da Recorrente, de modo que o recurso ordinário foi conhecido.

É o breve relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Conhecido o recurso, passo, então, à análise do mérito.

A Recorrente apresenta o presente recurso ordinário, irresignando-se, apenas, quanto à extensão da penalidade administrativa a ela imposta. Conforme o relatado, o ato administrativo impetrado determinou a suspensão da Autora de participar de certames licitatórios promovidos por todos os órgãos da Administração Pública daquele Estado.

Não obstante, a indigitada empresa, tanto em sede de contencioso administrativo como judicial, confessou a autoria de conduta indigna aos princípios régios da licitação pública (fl. 7).

Explica-se. Durante o processamento do concurso de Tomada de Preços n. 86/1995-PR, fomentado pela Companhia de Saneamento do Paraná S/A, a indigitada empresa falsificou documentação probatória de suas aptidões e juntou-a nos autos deste procedimento.

Verificada esta irregularidade pela Administração Pública do Estado do Paraná, foi-lhe imposta, após o devido processo legal administrativo, de forma escorreita, a devida reprimenda, consoante o disposto no art. 87, inc. II, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Como bem acentuado pela insigne Subprocuradora-Geral da República, Dra. Gilda Pereira de Carvalho Berger, não há ampliação punitiva ao direito da Recorrente, tão-somente a irrepreensível aplicação da letra da lei:

“(…) verifica-se que a sanção de suspensão prevista no inciso II do art. 87, na forma com que foi disposta, aplica-se a todo e qualquer ente que componha a Administração Pública, seja Direta ou Indireta, mesmo porque esta se mostra una, apenas descentralizada para melhor executar suas funções.” (fl. 189).

A Administração Pública é a acepção subjetiva de Estado-administrador e sua natureza executiva é única. Apenas as suas atribuições são distribuídas de forma descentralizada, para melhor gerir o interesse de sua comunidade.

As decisões tomadas pelos órgãos institucionais são vinculadas à lei, e são emanções da vontade do Estado-administrador.

Ademais, a Lei n. 8.666/1993 exige requisito subjetivo no ato procedimental da habilitação, qual seja, o atestado de idoneidade.

No caso em tela, não há como a Administração Pública contratar a Recorrente, enquanto persistir a sanção executiva, em virtude de atos ilícitos por ela praticados (art. 88, inc. III, da lei em comento).

A garantia da honorabilidade e probidade dos licitantes é qualidade indissociável ao trato da coisa pública. O resguardo da Administração à regularidade da concorrência pública denota, sobretudo, o respeito ao interesse comum.

Ora, se a lei exige do administrador que aja com probidade ao promover a licitação pública, com maior razão que também se prescreva ao particular essa exigência.

O saudoso Professor **Hely Lopes Meirelles** (em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 20^a ed., 1995, p. 269), com propriedade discorre sobre a habilitação jurídica na licitação, nos seguintes termos:

“Habilitação jurídica, antes denominada capacidade jurídica, é a aptidão efetiva para exercer direitos e contrair obrigações, com responsabilidade absoluta ou relativa por seus atos.”

Com efeito, a capacidade jurídica da licitante deve ser plena.

Na espécie, a Recorrente possui mácula que restringe a plenitude do gozo de seus direitos, e por conseguinte, obstaculiza a sua habilitação em outras licitações públicas realizadas pelo Estado do Paraná, enquanto durar a sanção administrativa a ela infligida.

Corroborar-se nesse sentido, os dizeres de **Antônio Marcello da Silva**, para o qual “o declarado inidôneo por punição administrativa, embora possa regularmente exercer atos pela vida civil, considera-se incapacitado para contratar com a Administração” (**in** Qualificação dos Licitantes na Concorrência, RT 435/25).

Portanto, não há direito líquido e certo da Recorrente, porquanto o ato impetrado é perfeitamente legal.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso ordinário*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 41.314 – RS

(Registro n. 93.0033343-7)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Armito Pereira dos Santos

Advogados: Ilza Maria de Souza e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Pio Cervo e outros

EMENTA: Tributário – Imposto de Renda – Incorporação de imóveis ao capital social – Acréscimo patrimonial tributável – Decreto-Lei n. 1.641/1978, arts. 1º e § 2º, II, e 41, § 3º, **b**, do RIR/1980 – Revisão do lançamento – Erro de direito – Possibilidade – CTN, art. 149 – Decadência – Inocorrência – CTN, art. 173 c.c. o parágrafo único do art. 423 do Decreto n. 58.400/1966 – Precedentes STJ e ex-TFR.

– A transferência de imóveis do patrimônio de pessoa física, a título de integralização do capital social, constitui lucro passível de tributação pelo IR, a teor do disposto no Decreto-Lei n. 1.641/1978, art. 1º e § 2º, II, e do RIR/1980, art. 41, § 3º, **b**.

– Tendo o lançamento originário se baseado em declarações inexactas prestadas pelo contribuinte, é lícito à autoridade administrativa revê-lo, por isso que caracterizado o erro de direito.

– O prazo inicial para a revisão do referido lançamento conta-se da data da notificação inicial para pagamento do Imposto de Renda, conforme previsto no artigo 173 do CTN combinado com o parágrafo único do artigo 423 do Decreto n. 58.400/1966.

– Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, Laurita Vaz e Paulo Medina.

Brasília-DF, 12 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

Publicado no DJ de 13.5.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado por Armito Pereira dos Santos, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região que, por unanimidade, negou provimento à apelação interposta nos autos de embargos à execução fiscal proposta pela Fazenda Nacional, com o objetivo de haver imposto de renda, acrescido de encargos legais, referente a rendimentos decorrentes da transferência de imóveis de sua propriedade para integralizar o capital social de Paula Administradora de Imóveis Ltda, declarados como não-tributáveis na sua declaração de rendimentos do ano-base de 1979, exercício 1980.

O v. acórdão recorrido rejeitou a preliminar de decadência do direito de lançar o crédito tributário suplementar, já que a Fazenda Pública tem o direito de rever o lançamento até o prazo de cinco anos. No mérito, entendeu que, tendo os imóveis sido transferidos por valor maior do que aquele registrado na declaração de bens, a diferença constitui acréscimo patrimonial tributável.

A ora recorrente opôs embargos de declaração que foram rejeitados, sob o argumento de que só o pagamento integral extingue o crédito tributário (art. 156, I, CTN) e, na hipótese dos autos, trata-se de diferença resultante de lançamento suplementar decorrente de acréscimo patrimonial compatível com o previsto no art. 43, II, do CTN.

Daí o apelo especial, em que a ora recorrente alega ter o aresto violado o art. 43, II, do CTN, quando considerou que existe fato gerador do Imposto de Renda, na conferência de bens de pessoa física para subscrição de capital de pessoa jurídica, com mais-valia; os arts. 147 e 149 do CTN, quando entendeu que o pagamento não é causa extintiva do crédito tributário. Alega, ainda, divergência com julgados do ex-TFR e do STF, quanto à incidência do Imposto de Renda e, a revisão do lançamento fiscal, no caso de erro de direito.

Contra-razões às fls. 161/162.

O recurso foi admitido no Tribunal **a quo**. Subiram os autos a esta egrégia Corte, onde vieram a mim conclusos.

Dispensei o parecer da Subprocuradoria Geral da República, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Tratam os autos de questão atinente à cobrança do Imposto de Renda de pessoa física sobre lucros auferidos com a integralização do capital de uma sociedade mediante a incorporação de bens próprios a valores atualizados, enquanto vigente o Decreto-Lei n. 1.641/1978, em sede de “revisão de lançamento”, que fora constituído pelo regime de declaração, 3 (três) anos após a notificação e pagamento do tributo.

Apreciando recurso de apelação manifestado pelo contribuinte nos autos de embargos à execução, movida pela Fazenda Nacional, a Primeira Turma do TRF da 4ª Região, decidiu a controvérsia nos termos da ementa abaixo transcrita (fl. 134):

“Tributário. Imposto de Renda. Incorporação de bens do capital social. Se a pessoa física integraliza o capital de uma sociedade mediante a incorporação de bens, a diferença entre o valor histórico

destes e o montante representativo das quotas está sujeita ao Imposto de Renda (Decreto-Lei n. 1.641/1978). Apelação improvida.”

Opostos embargos declaratórios, que visavam à apreciação das matérias abordadas pelos artigos 43, II, e 156, I, do CTN, estes restaram rejeitados, à unanimidade, pela Turma julgadora, em acórdão resumido nos termos seguintes (fl. 143):

“Processual Civil. Embargos de declaração. Apenas o pagamento integral extingue o crédito tributário (CTN, art. 156, I). Hipótese em que se trata de diferença resultante de lançamento suplementar, este decorrente de acréscimo patrimonial compatível com aquele previsto no artigo 43, II, do Código Tributário Nacional. Embargos de declaração rejeitados.”

Irresignado, o contribuinte manifesta este apelo especial, fundado nas alíneas **a** e **c** do autorizativo constitucional, sustentando não ter a autoridade administrativa o direito de rever o lançamento original, por ter o pagamento anteriormente efetuado extinguido o crédito tributário e por inexistir qualquer das hipóteses previstas no art. 149 do CTN. Afirma, ainda, que é vedado à autoridade lançadora mudar o critério jurídico para efetuar lançamento suplementar e exigir imposto de renda em quantia superior, acrescida de multa, juros, etc. Ao final, insiste, que as transferências realizadas não são passíveis de tributação.

Nada há que ser reformado no **decisum**.

O lucro apurado em decorrência de alienações de imóveis, no que excederam ao limite previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.641/1978, constitui rendimento tributável, em face do disposto no art. 1º, § 2º, inciso II, do referido decreto, e 41, § 3º, letra **b**, do RIR/1980, que consideravam como *alienação* as operações que importem na transmissão ou promessa de transmissão a qualquer título, de imóveis ou na cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição.

No caso dos autos, houve a transferência de imóveis do patrimônio do ora recorrente, a título de integralização do capital, em favor de empresa, da qual é sócio com a subscrição de quotas da referida empresa e consequentemente aumento de participação nos lucros societários, havendo que se falar, portanto, de incidência do Imposto de Renda.

Nesse sentido, decidiu a egrégia Primeira Turma deste Tribunal, quando do julgamento do REsp n. 142.853-SC, que recebeu a ementa de teor seguinte:

“Tributário. Imposto de Renda. Incorporação de bem imóvel para integralização de cotas em sociedade. Acréscimo patrimonial tributável pelo imposto de renda.

1. Houve subscrição de quotas de sociedade que representou aumento patrimonial tributável pelo Imposto de Renda.

2. Recurso provido.”

Assim, a declaração inexata, por parte do contribuinte, de que tais rendimentos eram considerados “não-tributáveis”, acarretou a redução do imposto devido no exercício de 1980, ano-base 1979, esbarrando no disposto no inciso III do art. 676 do RIR/1980, que considerava “declaração inexata” a que contiver ou omitir qualquer elemento que implique redução do Imposto de Renda a pagar.

Como já é sabido, o que não autoriza a revisão do lançamento tributário é a mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco, o que não se verifica na presente hipótese.

Aqui, trata-se da correção de erro cometido pelo contribuinte, que deixou de observar as regras do Decreto-Lei n. 1.641/1978, já vigente quando da transferência dos imóveis em 1979.

Caracteriza-se, portanto, o erro de direito passível de correção de ofício pela autoridade administrativa, nos termos do art. 149 do CTN, no prazo de cinco anos, contados da data da notificação inicial para pagamento do Imposto de Renda, conforme previsto no artigo 173 do CTN combinado com o parágrafo único do artigo 423 do Decreto n. 58.400/1966 (AC n. 78.558-SP, DJ de 2.8.1984; AC n. 66.706-SP, DJ de 4.8.1983; AC n. 50.216-RS, DJ de 20.4.1981, todos do ex-TFR).

Assim, tendo a notificação ocorrido em 1980 e o novo lançamento se concretizado em 1983, não ocorre a decadência do direito fazendário.

Vale esclarecer, ainda, quanto à inaplicabilidade do art. 156 do CTN, invocado pelo Recorrente, por isso que apenas o pagamento integral tem o condão de extinguir o crédito tributário.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 62.097 – SP

(Registro n. 95.0011755-0)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrente: Condomínio Edifício Trouville
Advogada: Dina Darc Ferreira Lima Cardoso
Recorrida: Eletricidade de São Paulo S/A – Eletropaulo
Advogados: Ricardo Agostinho Omena de Oliveira e outros

EMENTA: Processual Civil – ICMS – Energia elétrica – Ônus da prova – CPC, art. 333, I – Fraude não comprovada – Multa – Cobrança dos valores devidos – Cálculos do consumo – Reexame – Súmula n. 7-STJ.

– “O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”. Caberia à concessionária dos serviços fornecer os elementos de prova das alegações feitas, já que o ônus da prova cabe a quem alega o fato. Não o fazendo, impossível a caracterização da fraude.

– Os preceitos da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) são inaplicáveis à hipótese dos autos, por isso que suas disposições não alcançam fatos pretéritos.

– A não-ocorrência de fraude afasta a incidência da multa, com apoio no Código do Consumidor, inaplicável a fatos anteriores.

– O cálculo para cobrança do consumo de energia elétrica devido envolve avaliação dos dados trazidos aos autos, para utilização na fase de liquidação, não sendo possível reexaminá-los em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 7-STJ.

– Permanece a determinação do acórdão proferido nos embargos de declaração quanto ao termo inicial para incidência do ICMS; no mais, restabelece-se a sentença de 1º grau.

– Recurso conhecido e provido parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso

e dar-lhe parcial provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 5 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 15.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de ação cautelar e de ação ordinária movida por Condomínio Edifício Trouville contra Eletropaulo – Eletricidade de São Paulo – S/A – julgadas procedentes pela sentença que julgou também procedente em parte a reconvenção proposta pela Ré contra o Autor.

Em grau de apelação, alega a Ré-reconvinte haver fraude consistente na manipulação do sistema de medição da unidade consumidora amparo e determinação legal para o cálculo com os dados e elementos que o embasaram; alega ser constitucional e legal a cobrança do ICMS pela alíquota máxima de 25% retroativo a março de 1987, bem como a multa de 30%; e estar prevista, no artigo 2º, I, do Decreto n. 68.419/1971 que aprovou o regulamento do imposto único sobre energia elétrica, a porcentagem de 47% para os consumidores residenciais. Destarte, pede a total reforma da sentença, julgando improcedentes as ações cautelar e ordinária, e procedente a reconvenção, para que o Autor-reconvindo pague o correspondente a 135.318 kw/h consumidos e não pagos, conforme determina a Portaria n. 222/1987 do DNAEE, além de despesas processuais, inclusive honorários do perito e assistentes-técnicos, honorários advocatícios.

Pleiteia o Autor-reconvindo, seja a Ré condenada a responder integralmente pelos ônus da sucumbência das ações cautelar e ordinária, bem como pelas custas e salários de perito, por inteiro, e honorários advocatícios referentes a todas as ações, a teor do artigo 20, § 4º, a e c, do CPC.

O v. acórdão, preliminarmente, considerou prejudicados os agravos retidos interpostos pelo Autor, contra o despacho saneador, por incorrer reiteração da matéria enfocada no recurso de apelação. **Ab initio**, entendeu o v. acórdão que houve fraude, aplicando-se, assim, os artigos 51 e 53 da Portaria n. 222/1987 do DNAEE; no tocante ao número de kw/h fornecidos irregularmente está certo o cálculo da Eletropaulo, pois foram

elaborados em consonância com o disposto no artigo 51 da portaria referida; acrescenta-se ainda, estar correta a cobrança do ICMS pela alíquota de 25% calculada por dentro, bem como a multa de 30%, critério aceito pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Reconheceu, também, que o ICMS sobre energia elétrica, cobrado por substituição tributária, só foi criado pela Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual só pode ser cobrado a partir dessa data. Entendeu, ainda, que, embora a Eletropaulo tivesse cobrado, não há direito a receber, a título de ICMS, importância que eventualmente seria devida a título de outro pedido, no caso, o imposto único sobre energia elétrica. No tocante à multa, não há previsão legal para incidência do ICMS, não se prestando para tal o § 1º do artigo 39 da Lei n. 6.374/1989, não se subsumindo a multa a nenhuma das especificações lá constantes. Destarte, a reconvenção foi julgada procedente em parte, ficando o Autor-reconvindo condenado a pagar o equivalente em cruzeiros na data da constatação (16.12.1991 a 135.318 kw/h, cujo valor será comprovado pela reconvincente por ocasião da liquidação, por cálculo do contador, corrigindo-se a partir daí pelos índices normais de correção monetária, acrescidos de juros de mora à taxa de 6% ao ano, a contar da intimação para contestar a reconvenção (julho/1992). Fica mantida a procedência das ações cautelares e ordinárias. Cada parte arcará com os honorários de seus respectivos advogados e com 50% do valor das despesas processuais e, por consequência, ficou prejudicado o recurso do Autor-reconvindo.

O Condomínio-recorrente opôs embargos de declaração que foram recebidos em parte para declarar que o ICMS é devido apenas a partir de março de 1989, data em que entrou em vigor a Lei Estadual n. 6.374/1989; esclareceu, ainda, que o aresto não excluiu a multa de 30%, pois, com exceção da multa e dos juros moratórios, o mais se refere apenas ao consumo efetivamente havido, a evitar que ocorra locupletamento ilícito do consumidor, portanto, mesmo que fraude não houvesse, o pagamento do kw cobrado refere-se apenas ao consumo, acrescido da multa e juros; no mais, esclareceu que o acórdão não violou os artigos 333, I, e 620 do CPC, nem os artigos 1º e 6º da LICC, artigos 6º, VIII; 38, 51, VI, e 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor e ainda artigo 34, **caput** e §§ 4º e 5º, das Disposições Transitórias da Constituição, bem como a Lei n. 6.374/1989.

Daí o apelo especial em que a ora recorrente alega ter o aresto contrariado os artigos 333, I, do CPC, e 6º, VIII; 38 e 51, VI, do Código de

Defesa do Consumidor, quando reverteu o ônus da prova, o artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor, quando determinou o consumo presumido, incluindo a multa de 30% sobre o referido consumo; o artigo 620 do CPC, quando não adotou o critério menos gravoso para a execução do devedor, admitindo os cálculos da Portaria n. 222/1987 do DNAEE; bem como divergido de julgados de outros tribunais do País, quando entendeu ser possível retroagir a praticamente 60 meses para condenar a Recorrente a pagar o consumo presumido dos quase 60 meses anteriores à data da constatação da irregularidade, em função de fraude presumida.

Contra-razões às fls. 465/469.

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal **a quo** somente pela alínea **a**. Subiram os autos a esta egrégia Corte de Justiça, onde vieram a mim conclusos.

Dispensei o parecer da Subprocuradoria Geral da República, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação em embargos de declaração, interpostos nos autos de ações cautelar e ordinária movidas por Condomínio Edifício Trouville contra a Eletropaulo – Eletricidade de São Paulo S/A, julgadas procedentes pela sentença de 1^a grau, que também julgou procedente em parte, a reconvenção proposta pela ré (Eletropaulo) contra o Autor, ora recorrente.

O acórdão proferido pela Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça paulista dando parcial provimento à apelação da Ré-reconvinte e julgando prejudicado o recurso do Autor-reconvindo, decidiu:

– afastar o fundamento fático essencial da sentença, de que não houve fraude, ao argumento de que “só o Condomínio poderia ter retirado o fio de sua posição original, não havendo como admitir-se que tenha se soltado sozinho, ou que os funcionários da Apelante o tenham solto. **Cui prodest?**, já perguntava Catão.

Essa colocação leva pelo menos à inversão do ônus da prova. O encontro dessa irregularidade, em princípio, é fraudulenta. Cabe ao consumidor comprovar ter havido caso fortuito, força maior, ou ausência de culpa.

.....

Enfim, parece incrível que ninguém no Condomínio tenha notado essa irregularidade.

Pelo menos alguém deve ter aberto a caixa de eletricidade e ter visto aquele fio desligado. Não é admissível que durante três anos ninguém tenha percebido o fio solto. O Condomínio tem obrigação de proceder a uma revisão de sua eletricidade, principalmente da entrada da energia, para própria segurança do prédio.

Houve, pois, fraude.”

Diante de tal conclusão, aplicou os arts. 51 e 53 da Portaria n. 222/1987 do DNAEE.

– Aceitar o cálculo da Apelante no tocante ao número de kw/h fornecidos irregularmente; correta, também, a cobrança do ICMS pela alíquota de 25%, calculada por dentro, critério aceito pelo Tribunal, bem como à multa de 30%. O ICMS, a partir da Constituição de 1988, quando foi criado, não incidindo sobre a multa, por falta de previsão legal.

– Concluiu:

“Assim, o recurso da Ré-reconvinte é provido parcialmente. A reconvenção é julgada procedente em parte. Fica o Autor-reconvindo condenado a pagar o equivalente em cruzeiros na data da constatação (16.12.1991) a 135.318 kw/h, cujo valor será comprovado pela reconvinte por ocasião da liquidação, por cálculo do contador, corrigindo-se a partir daí pelos índices normais de correção monetária, acrescido de juros de mora à taxa de 6% ao ano, a contar da intimação para contestar a reconvenção (fl. 108, junho/1992) e do ICMS à alíquota de 25% (notando o contador que o imposto é ‘por dentro’).

Tal como determinado na sentença, o fornecimento poderá ser suspenso em caso de não-pagamento, nos termos do art. 75, I, da Portaria n. 222/1987, após o prazo de trinta dias, contados do trânsito em julgado da decisão que homologar a conta de liquidação.

Fica mantida a procedência das ações cautelar e ordinária.

Levando-se em consideração que o Autor-reconvindo foi vitorioso na cautelar e na ação principal e, por outro lado, perdedor na quase totalidade da reconvenção, cada parte arcará com os honorários de seus respectivos advogados e com 50% do valor das despesas processuais, mantida no mais, a sentença.

Em consequência, fica prejudicado o recurso do Autor-reconvinado.”

Vieram embargos de declaração, opostos por Condomínio Edifício Trouville alegando dúvidas quanto aos seguintes pontos:

– ao entender que a hipótese dos autos comportava a inversão do ônus da prova, não observou o disposto nos arts. 333, I, do CPC, e 6^o, VIII; 38 e 51, VI, do Código de Defesa do Consumidor, apesar de no penúltimo parágrafo da fl. 4 do acórdão constar a exclusão da multa da condenação;

– o § 1^o do art. 52 do Código de Defesa do Consumidor limita a multa moratória em 10%, enquanto o v. aresto embargado fixou a multa embutida de 30%; não obstante, o disposto no art. 620, CPC, foi admitido o critério mais oneroso para a Embargante;

– a aplicação retroativa dos arts. 51 e 53 da Portaria DNAEE n. 222 feriu os arts. 1^o e 6^o da Lei de Introdução ao Código Civil, que proíbem a retroatividade;

– a incidência do ICMS que, apesar de criado pela CF/1988 só passou a incidir sobre o consumo de energia elétrica a partir de março de 1989, de acordo com o art. 34, **caput**, §§ 4^o e 5^o, das Disposições Transitórias e da Lei Estadual n. 6.374/1989;

– o acórdão deixou ainda obscuro no que consistiria o cálculo “por dentro” da alíquota de 25% a título de ICMS e quais os “índices normais de correção monetária”.

Recebidos, em parte, os declaratórios para constar que o ICMS é devido apenas a partir de março de 1989, quando entrou em vigor a Lei Estadual n. 6.374/1989, mantido no mais, o acórdão.

Daí o recurso especial em que a Recorrente insurge-se contra o v. aresto recorrido, alegando, a uma, que não ficou provada a fraude, que o Tribunal reconheceu tão-somente com base na presunção de sua existência, violando o art. 333, I, do CPC, ao ignorar a perícia técnica, a qual afirmou ser impossível detectar as causas da desconexão do fio, com a interrupção de uma das fases medidoras. Quanto ao tema, invoca ainda violação aos arts. 6^o, VIII; 38 e 51, VI, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990).

Sustenta, quanto à multa, incabível determiná-la em 30%, já que não pode ser apensada como se fraude houvesse. Na hipótese, pleiteia a aplicação de multa de 10%, nos termos do art. 52, CDC, com caráter moratório.

E, ainda, que a execução deve ser promovida pelo meio menos gravoso

para o devedor; ou, quando muito, o direito à cobrança de apenas 6 meses de consumo presumido, nos termos do art. 50 e § 2º do art. 53 da Portaria n. 222, não ultrapassando 24 meses, já que o período de apuração é o compreendido entre a data da apuração da irregularidade e a da troca do medidor.

Inicialmente, impõe-se decidir quanto à caracterização da fraude.

Como descrito na sentença (fl. 363), “os autos demonstram suficientemente que, devido à desconexão de um fio, uma das fases da entrada de energia não estava sendo medida e o Autor, em consequência, vinha pagando apenas parte (e não o total) da energia consumida. Segundo, *os autos não trazem o menor indício, quanto mais provas*, de que a irregularidade tenha sido praticada pelo Autor ou por preposto seu, não permitindo os fatos apurados a conclusão simplista da Ré e de seu assistente técnico; (a) o *relatório de fl. 54 (de 29.11.1991) indica que a tampa de terminais estava ‘sem lacre’, não afirmando que o lacre tivesse sido rompido ou mesmo que houvesse lacre anterior – a Ré e seu rígido sistema de controle, por certo, saberiam o número, data de colocação, etc.* deste lacre se tivesse de fato existido, e nada trouxe aos autos nesse sentido, e (b) o *problema encontrado e descrito no laudo pericial e no depoimento de José Roberto (fls. 305/309), um fio que estava próximo ao seu parafuso de fixação, mas dele desconectado, não afasta a hipótese de uma má fixação por parte de quem por último mexeu no quadro (algum funcionário da Ré?) e de um afastamento por causas naturais.* Acrescenta-se, nos termos de fl. 54, que ‘o fio do terminal do TC frontal (estava) encostado’, não se entendendo *que uma fraude proposital, em quadro de força isolado e com tampa que impedia a visão interna, fosse manter o fio tão próximo de seu borne que pudesse até voltar a medir a energia consumida – em suma, os fatos e indícios existentes não permitem a conclusão de ‘fraude’ a que simplistamente chegou a Ré.*” (grifamos).

O v. aresto impugnado não afirmou estar comprovada a existência de fraude, justificando não ser a mesma de fácil comprovação. Deixou de considerar todos os elementos da prova trazidos aos autos e valorados pela sentença monocrática.

Portanto, não se trata aqui de rever o conjunto probatório analisado pela sentença, da qual transcrevi texto significativo.

O Tribunal deixou de fornecer elementos capazes de desconstituir as provas apreciadas pelo MM. Juiz de 1º grau, bem como não fundamentou devidamente sua convicção no sentido de afirmar que houve fraude.

Está configurada, na hipótese, a violação ao art. 333 do CPC, já que o ônus da prova incumbe a quem alega o fato.

Caberia à concessionária fornecer os elementos de prova das alegações que fizera. Mas não procedeu à comprovação devida.

Neste sentido, os REspS n. 84.069-MS, DJ de 19.5.1997, e 191.936-SP, DJ de 21.8.2000:

“Processo Civil. Ônus da prova. ‘O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito’ (CPC, art. 333, I). Recurso especial conhecido e provido, em parte.”

“Indenização. Uso indevido de imagem. Modelo profissional. Ônus da prova. Alegação pela ré de fato extintivo do direito da autora.

– O ônus da prova incumbe a quem alega o fato. Argüindo o réu circunstância impeditiva ou extintiva do direito do autor, a ele compete provar a alegação (art. 333, II, do CPC).

– Recurso especial não conhecido.”

No que atine aos preceitos da Lei n. 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor, inviável aplicá-los à hipótese dos autos, por isso que suas disposições não alcançaram fatos pretéritos.

Quanto à multa, em razão da não-ocorrência de fraude, há que ser afastada, por isso que incabível a alegação de malferimento ao Código de Defesa do Consumidor, pelo mesmo motivo acima exposto.

Por último, o pedido de que a execução seja promovida pelo meio menos gravoso ou, a cobrança incida em apenas 6 (seis) meses de consumo presumido, não cabe apreciar neste STJ. É que o cálculo a ser realizado envolve avaliação dos quadros de consumo trazidos aos autos e analisados cuidadosamente pelo sentenciante, como se vê à fl. 366 dos autos; apurada a quantidade do consumo, procedeu o juiz aos cálculos dos valores que serão considerados na fase de liquidação. Reexaminá-los, em sede de recurso especial, é impossível, a teor do enunciado do Verbete n. 7-STJ.

De todo o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para restabelecer a sentença de 1^a grau, exceto quanto ao termo inicial de incidência do ICMS, que fora modificado em sede de embargos de declaração opostos pelo recorrente especial.

RECURSO ESPECIAL N. 140.412 – RS

(Registro n. 97.0049229-0)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Imdepa Rolamentos, Importação e Comércio Ltda
Advogados: Cláudio Merten e outros
Recorrida: Fazenda Nacional
Procuradora: Silvana P. Probeti

EMENTA: Processual Civil e Tributário – Juntada de precedentes no voto recorrido – Imposto de Renda das pessoas jurídicas – Demonstrações financeiras do período-base de 1990 – Aplicação do IPC – Precedente da Primeira Seção.

1. Precedente jurisprudencial indicado no voto-condutor do Tribunal de Apelação passa a integrar a fundamentação do acórdão recorrido, cabendo ao recorrente providenciar o inteiro teor do referido julgado, se desejar verificar os seus limites, e sua juntada, caso objetive recorrer com base nele.

2. Uniformização de entendimento pela Primeira Seção desta Corte no sentido de que é válida a aplicação do IPC para a correção das demonstrações financeiras do período-base de 1990, exercício de 1991, por ter refletido a real inflação do período, ao tempo em que considerou possível a aplicação retroativa da Lei n. 8.200/1991 (ADIn n. 712-2) e indevido o escalonamento previsto no art. 3º, I, da Lei n. 8.200/1991 e nos arts. 39 e 41 do Decreto n. 332/1991 (REsp n. 133.069-SC).

3. Recurso especial provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, dar parcial provimento ao recurso especial. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto, Laurita Vaz e Paulo Medina.

Brasília-DF, 2 de agosto de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: O Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu em acórdão assim ementado:

“Tributário. Art. 35 da Lei n. 7.713/1988. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. À falta de previsibilidade no contrato social da empresa, da imediata disponibilidade econômica ou jurídica, pelos sócios, do lucro líquido apurado na data do encerramento do período-base, configurada se torna, **in concreto**, a inconstitucionalidade da exação, indubitavelmente quando há cláusula expressa apontando ao órgão societário a decisão sobre a destinação daquele (v.g. 201.109-6, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 23.8.1996, p. 29.315). Reconhecido o BTNF e não o IPC como indexador de correção das demonstrações financeiras no período-base de 1990. Parcial provimento à apelação e à remessa oficial.” (fl. 232).

Opostos embargos de declaração, alegou a então embargante, ora recorrente, omissão do acórdão no sentido de não terem sido juntados aos autos o inteiro teor dos paradigmas citados ou sequer indicados os repositórios de jurisprudência a eles relativos, de modo a propiciar a interposição dos recursos derradeiros, ficando assim ementado o julgado:

“Embargos de declaração. Prequestionamento. Omissões inexistentes. 1. Havendo expressa menção aos repertórios jurisprudenciais, inclusive com detalhamento, os quais apenas serviram de embasamento jurisprudencial à exaustiva fundamentação sobre a matéria, não há que se falar em prejuízo, restando prescindível a juntada. 2. Tendo ocorrido o enfrentamento com fundamentação pertinente ao mérito da questão não é obrigado o Tribunal a explicitar as várias razões que embasam a tese da embargante nas contra-razões de apelo. Negaram provimento.” (fl. 252).

Interpõe a Empresa recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do art. 105, III, da CF/1988, afirmando que o acórdão recorrido ofendeu aos

arts. 165, 458, 515 e 535 do CPC, em preliminar, e no mérito, que houve violação ao art. 185 da Lei n. 6.404/1976, ao art. 3º da Lei n. 7.799/1989 e aos arts. 43, 45, **caput**, parágrafo único, e 110 do CTN.

O Ministério Público Federal opinou pela admissão do especial pela letra **c** do permissivo constitucional e no mérito pelo seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Em preliminar, não vislumbro violação aos arts. 165, 458, 515 e 535 do CPC, porque efetivamente foram mencionados expressamente os repertórios jurisprudenciais dos precedentes enumerados no voto-condutor, como se pode depreender dos autos e pela afirmação dos embargos declaratórios:

“(...) Senão, vejamos, ao contrário do que os embargantes afirmam, houve expressa menção aos repertórios jurisprudenciais, consoante pode-se observar logo abaixo de cada citação jurisprudencial às fls. 228, 229 e 230 do voto. Desse modo, constando as suas origens, não há que se perquirir de prejuízo, evidenciado inexistente, bem assim de necessidade de juntada de tais precedentes. Nessa linha, o egrégio STF tem assentado que ‘... se os fundamentos da decisão recorrida estão perfeitamente descritos no acórdão dissidente, que, didaticamente, disse todas alegações argüidas pelos recorrentes, é prescindível a juntada do aresto proferido pelo Plenário do Tribunal **a quo** que declarou a inconstitucionalidade da norma impugnada...’ (EDcl no REsp n. 147.604, DJU de 17.6.1994, p. 15.710 – Ementário, vol. 1.749, p. 542) (fl. 249).’

Ademais, é importante destacar que cabe ao Recorrente providenciar o inteiro teor do precedente citado no voto recorrido, se desejar verificar os seus limites, e sua juntada aos autos, caso objetive recorrer com base nele.

Tal entendimento encontra respaldo em precedentes desta Corte, consoante o REsp n. 117.009-SC, DJ de 17.5.1999 e os EDREsp n. 160.345-PR e no mesmo sentido foram julgados no STF o RE n. 121.487, DJ de 14.9.1990, e o AgRg no RE n. 258.269-RJ, DJ de 6.10.2000.

Desta forma, de absoluta correção a decisão recorrida neste aspecto.

Por outro lado, a Primeira Seção desta Corte, uniformizando o entendimento no que se refere ao mérito, em sessão de 13.6.2001, julgou o REsp

n. 133.069-SC, relatado pelo Ministro Franciulli Netto, concluindo ser perfeitamente válida e legal a aplicação do IPC, ao invés do IRVF e dos demais índices utilizados na atualização do BTN Fiscal, para a correção monetária das demonstrações financeiras do ano-base de 1990, exercício de 1991, por ter sido aquele o índice que refletiu a real inflação do período.

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

Com estas considerações, dou parcial provimento ao recurso especial.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sra. Ministra-Presidente, **data venia**, mantenho-me na posição assumida na Seção.

RECURSO ESPECIAL N. 183.428 – SP

(Registro n. 98.0055469-6)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF.
Advogados: David Rocha Lima de Magalhães e Silva e outros
Recorridos: Roberto Viegas Calvo e outro
Advogados: César Ciampolini Neto e outros
Sustentação oral: Sandra Neves Piva (pelos recorridos)

EMENTA: Administrativo – Sistema Financeiro da Habitação – Legitimidade da CEF – Cobrança do Fundo de Assistência Habitacional: legalidade.

1. A natureza jurídica do contrato de financiamento do SFH fica na dependência da vinculação ao Fundo de Compensação de Variação Salarial – FCVS.

2. Se o contrato está vinculado ao FCVS, é ele um contrato administrativo, sendo a CEF, como sucessora do SFH, legitimada a responder às demandas em que se questiona sobre tais avenças.

A natureza jurídica de contrato administrativo justifica a competência da Seção de Direito Público desta Corte.

3. Não havendo vinculação do contrato de financiamento do FCVS, tem-se um contrato civil com a só presença do agente financeiro.

Os litígios oriundos de tais contratos são examinados, no STJ, pelas Turmas que compõem a Seção de Direito Privado.

4. A contribuição para o Fundo de Assistência Habitacional – Fundhab constitui prestação de natureza civil, inserida em contrato livremente pactuado, sem a cogência que lhe daria a natureza de contribuição compulsória.

5. Legalidade da contribuição prevista na Lei n. 4.380/1964, criada pelo Decreto n. 89.284/1984 e normatizada por resolução do extinto BNH.

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Paulo Medina, dar parcial provimento ao recurso. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto e Laurita Vaz. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Ausente, justificadamente, nesta assentada, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília-DF, 18 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: O Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu em acórdão assim ementado:

“Processual Civil. Declaratória de inexigibilidade. SFH. Fundhab. CEF. Decreto-Lei n. 2.291/1986. Legitimidade passiva. União Federal. Instituição financeira. Litisconsórcio. Inexistência. Preliminares rejeitadas. ‘Contribuição’ ao Fundo de Assistência Habitacional. Decreto n. 89.284/1984. Resolução n. 3/1984-BNH. Ilegalidade. Cobrança. Descabimento.

I – Ação declaratória visando à obtenção de provimento jurisdicional que exima os autores do recolhimento do percentual de 2%, destinado ao Fundhab.

II – A CEF é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, na qual se discute a legalidade da cobrança do Fundhab, vez que gestora desse fundo, nos termos do Decreto-Lei n. 2.291/1986.

III – Inexistência de litisconsórcio passivo necessário da empresa pública-recorrente com a União e o Bradesco S/A.

IV – Desnecessidade de se perquirir a natureza jurídica do indigitado Fundo, face à clamorosa ilegalidade do Decreto n. 89.284/1984, e Resolução n. 3/1984, do extinto BNH.

V – Insustentável a alegação de que a obrigatoriedade do mencionado recolhimento advém de disposição inserta em cláusula contratual, posto ofender a princípios elementares de lógica jurídica.

VI – Mostra-se, outrossim, patente a inexigibilidade do recolhimento da contribuição ao Fundhab, mormente com relação aos mutuários que não se beneficiam do FCVS, pois do contrário, estar-se-ia propiciando injusto enriquecimento do SFH.

VII – Preliminares rejeitadas e apelação improvida.” (fl. 156).

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados, ressaltando o relator seu caráter infringente e objetivo de prequestionamento.

Interpõe a Caixa Econômica Federal recurso especial, com base na letra **a** do permissivo constitucional, apontando como violados os arts. 3º, 128, 165, 267, VI; 295, II; 458, 535 do CPC, e art. 5º, LIV e XXXV, da Constituição Federal.

Nesta Instância, opinou o douto Ministério Público Federal pelo provimento parcial do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Preliminarmente, não merece ser conhecido o recurso quanto aos dispositivos constitucionais indicados, por não caber ao STJ, na via estreita do especial, efetuar tal mister.

Ainda em preliminar, afasto a existência de qualquer violação aos arts. 128, 165, 458 e 535, II, do CPC, pois o voto-condutor do julgado, integrado pelos embargos de declaração, analisou e respondeu a todas as questões postas, bem fundamentando o entendimento.

Ultrapassado este ponto, inicio o exame pelos arts. 3º, 47, 267, VI, e 295, II, do CPC, relativos à alegada ilegitimidade da CEF e à existência de litisconsórcio passivo necessário entre a União e o Banco Bradesco para figurarem na lide, bem assim do art. 3º da Portaria n. 271/1991, que regulamentou o Decreto-Lei n. 2.406/1988.

Convém que se esclareça, de início, que esta Corte já tem jurisprudência sedimentada em torno do tema, ao estabelecer, em matéria de Sistema Financeiro da Habitação – SFH, como divisor de competência, a espécie de contrato que dá suporte fático à querela.

Em se tratando de contrato do Sistema Financeiro da Habitação, com cláusula do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, assume a avença feição de contrato administrativo e, como tal, vem a ser examinado, no STJ, pelas Turmas que compõem a Seção de Direito Público.

Nesses contratos, a CEF é presença obrigatória, por ser a entidade gestora do FCVS, nada tendo a ver a União com estas avenças.

Ao ser extinto o BNH, foi transferida para CEF a competência para gerir o Fundo, cabendo à União, pelo Conselho Monetário Nacional, somente a atividade de normatização, o que não a torna parte legítima no feito.

O art. 3º da Portaria n. 271/1991, dito violado, não tem o condão de alterar a competência estabelecida no Decreto-Lei n. 2.291/1986, por ocasião da extinção do BNH.

O litisconsórcio de que fala o artigo 47 do CPC, dispositivo prequestionado, nasceu do art. 1º, § 1º, do Decreto-Lei n. 2.291/1986.

Aliás, para melhor exame da querela, vejamos a jurisprudência:

“Processual. Recurso especial. SFH. Legitimidade da União Federal. Acórdão coincidente com a jurisprudência do STJ. Apelo manifestamente incabível. Seguimento denegado.

I – A jurisprudência do STJ assentou-se no entendimento de que a União Federal carece de legitimidade passiva para figurar nos processos em que se discute reajuste de prestação relativa ao SFH.

II – Se o dispositivo do acórdão coincide com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é porque ele não maltratou o direito infraconstitucional.

III – Compete ao relator negar seguimento a recurso manifestamente incabível (RISTJ – art. 34, XVIII).” (AgRg no REsp n. 171.414-PE, rel. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, unânime, DJ de 3.11.1999).

“Sistema Financeiro da Habitação. Reajuste das prestações. Legitimidade passiva da Caixa Econômica Federal. Precedentes STJ.

– A jurisprudência deste STJ firmou-se no sentido de que apenas a CEF é parte legítima passiva, para figurar nas ações referentes aos reajustes das prestações dos financiamentos de aquisição da casa própria, regidos pelo SFH.

– Recurso não conhecido.” (REsp n. 154.640-RN, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, unânime, DJ de 29.5.2000).

“Sistema Financeiro da Habitação. Legitimidade da Caixa Econômica Federal. Amortização do saldo devedor pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS. Precedentes da Corte.

1. Prevendo o contrato a amortização do saldo devedor pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, a jurisprudência da Corte acolhe a legitimidade passiva da Caixa Econômica Federal nas ações para a discussão de contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação.

2. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 228.640-PE, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, unânime, DJ de 26.6.2000).

“Processual Civil. Conflito de competência. Ação relativa ao reajustamento das prestações da casa própria. Sistema Financeiro da

Habitação. Plano de Equivalência Salarial (PES). Legitimidade passiva da Caixa Econômica Federal. Art. 109, inciso I, da CF.

Nas ações em que se exige discussão sobre normas gerais do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), como no caso da validade do Plano de Equivalência Salarial (PES), impõe-se a intervenção da Caixa Econômica Federal na qualidade de litisconsorte passiva necessária, por ser ela sucessora legal do BNH, o que desloca a competência para a Justiça Federal (art. 109, inciso I, da CF).

Conflito conhecido, para declarar-se competente o Juízo Federal da 2ª Vara de Ribeirão Preto-SJ-SP, suscitante.

Decisão por maioria.” (CC n. 14.511-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, por maioria, DJ de 11.3.1996).

“SFH. Legitimidade. **Ad causam**. União.

Nos termos do artigo 1º, § 1º, do Decreto-Lei n. 2.291/1986, a União não tem legitimidade para ser ré em ações propostas por mutuários do SFH.

Embargos rejeitados.” (EResp n. 151.024-PE, rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Seção, unânime, DJ de 8.3.2000).

“Agravo regimental. Embargos de divergência. Sistema Financeiro da Habitação. União. Ilegitimidade. Matéria pacificada.

É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a União não tem legitimidade para ser ré nas ações propostas por mutuários do Sistema Financeiro da Habitação porque a ela não foram transferidos os direitos e obrigações do BNH.

Incidência da Súmula n. 168 do STJ.

Agravo improvido.” (AgRg no EResp n. 151.025-PE, rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Seção, unânime, DJ de 4.9.2000).

“Constitucional, Administrativo e Processual Civil. SFH. Ação que a utilização do ‘fiel’ por motivo de desemprego do mutuário, recusa do agente financeiro baseada em obstáculo criado pela Caixa Econômica Federal, gestora do Fundo. Conflito negativo. Competência. Justiça Federal.

I – Requerida pelo mutuário a utilização do ‘Fundo para Pagamento de Prestações no Caso de Perda de Renda por Desemprego e/ou

Invalidez Temporária – Fiel’, para a quitação de parcelas de seu financiamento habitacional, consoante previsto contratualmente, deve integrar a lide, na qualidade de litisconsorte passiva necessária, a Caixa Econômica Federal, gestora do aludido Fundo, se o motivo da recusa decorreu, como no caso dos autos, de suspensão do aludido empréstimo por determinação da CEF.

II – Conflito conhecido, para declarar a competência da Justiça Federal, cabendo ao egrégio TRF da 4ª Região, suscitado, o exame dos recursos interpostos contra a sentença do MM. Juiz da 4ª Vara Federal de Porto Alegre.” (CC n. 23.592-RN, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Primeira Seção, unânime, DJ de 21.6.1999).

Diferentemente, quando os contratos do SFH não têm cláusula do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, desloca-se o contrato para a égide do Direito Privado, o que importa em somente figurar no feito, como representante do SFH, o agente financeiro, deslocando-se a competência para o processo e julgamento para a Justiça Estadual, a não ser que seja a CEF agente.

Nesta Corte, pela classificação do contrato, passa a ser da Segunda Seção a competência para o exame do especial.

Neste sentido, são os arestos seguintes:

“Conflito de competência. SFH. Contrato sem cláusula de FCVS.

1. A Justiça Estadual é competente para processar e julgar os feitos referentes a contratos de financiamento pelo SFH não afetos ao FCVS.

2. Conflito negativo de competência não conhecido.” (CC n. 29.949-SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção, unânime, DJ de 4.9.2000).

“Conflito de competência. SFH/FCVS. Ilegitimidade da CEF.

1. A Justiça Estadual é competente para processar e julgar os feitos relativos a contratos de financiamento pelo SFH em que a CEF não tem interesse, por não haver comprometimento do FCVS.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de São Gonçalo-RJ, suscitante.” (CC n. 21.384-RJ, rel. Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção, unânime, DJ de 21.8.2000).

“Processual Civil. Sistema Financeiro da Habitação. Ação revisionária de prestações e cláusulas contratuais. Ausência de interesse da CEF. Súmula n. 150 do STJ.

Tendo a Justiça Federal reconhecido a ausência de interesse da Caixa Econômica Federal na demanda versando sobre a revisão de prestação e cláusulas do contrato celebrado pelo Sistema Financeiro da Habitação, a competência se desloca para Justiça Estadual.

Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença de ente federal no processo (Súmula n. 150 do STJ).

Conflito não conhecido.” (CC n. 27.229-SP, rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Seção, unânime, DJ de 3.4.2000).

“Competência. Contrato de financiamento. Execução hipotecária. Avença celebrada entre o mutuário e o agente financeiro. Ausência de ente federal.

Tendo a avença sido celebrada entre os mutuários e o agente financeiro, não figurando como parte ente federal, a competência para processar e julgar a causa é da Justiça Estadual, não se justificando a declinação para a Justiça Federal à luz do disposto no art. 109, inc. I, da Constituição Federal. Precedentes.

Conflito conhecido, declarado competente o suscitado, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.” (CC n. 22.020-RS, rel. Min. Barros Monteiro, Segunda Seção, unânime, DJ de 13.9.1999).

“Conflito de competência. Ação cautelar. Contrato celebrado entre mutuários e agente financeiro privado. Sistema de Carteira Hipotecária. Justiça Estadual.

Não sendo o contrato firmado pelas normas do Sistema Financeiro da Habitação, mas pelo Sistema de Carteira Hipotecária, entre mutuários e agente privado, e se a Justiça Federal entendeu, por isso, inexistir interesse de ente federal, a competência é da Justiça do Estado.” (CC n. 22.611-SP, rel. Min. Hélio Mosimann, Primeira Seção, unânime, DJ de 31.5.1999).

“Processual Civil. SFH. Legitimidade da CEF. Exclusão da União Federal e do agente financeiro. Competência da Justiça Federal. Precedentes. Quitação do contrato. Matéria probatória. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

1. Consoante entendimento pacífico desta Corte, a CEF, como sucessora do BNH, tem legitimidade para figurar no pólo passivo das ações referentes aos contratos de financiamento pelo SFH, regidos pelos planos PES/SAC delas devendo ser excluídos a União e o agente financeiro.

2. A Justiça Federal é competente para julgar os feitos em que a CEF tem legitimidade passiva.

3. Decretada, de ofício, a nulidade dos atos processuais praticados pela Justiça Estadual, desde o momento em que a CEF não foi citada e a remessa dos autos para a Justiça Federal.” (REsp n. 169.488-SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, unânime, DJ de 21.8.2000).

“Processual Civil. Ação de consignação em pagamento. Contrato de financiamento regido pela Carteira Livre Hipotecária. Banco Itaú. Competência da Justiça Estadual. Divergência jurisprudencial comprovada. Precedentes STJ.

– A jurisprudência deste STJ já assentou o entendimento no sentido de que tratando-se de financiamento para aquisição de imóvel residencial pertencente à Carteira Livre Hipotecária através do Banco Itaú, agente financeiro, é da Justiça Comum a competência para apreciar e julgar a ação de consignação em pagamento ajuizada pelo mutuário.

– A matéria referente à competência absoluta é alegável a qualquer tempo, podendo ser decretada até mesmo de ofício.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 162.391-RS, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, unânime, DJ de 21.8.2000).

Na hipótese dos autos, como está o contrato sujeito às regras do FCVS, não escapa a Caixa Econômica Federal – CEF da pertinência subjetiva da lide contra ela proposta, não havendo litisconsórcio algum com a União, conforme pugnou a Recorrente.

No mérito, discute-se nos autos a cobrança da contribuição para o Fundhab – Fundo de Assistência Habitacional, previsto na Lei n. 4.380/1964, só criado pelo Decreto n. 89.284/1984 e regulamentado pela Resolução BNH n. 3, de 31.1.1984, por entenderem os mutuários ilegal a cobrança, eis que não poderia a mesma ser exigida por decreto, pois só a lei teria a força suficiente para transformá-la em norma cogente.

O acórdão impugnado abraçou a tese dos mutuários.

A cobrança do Fundo de Assistência Habitacional estava autorizada pelo sistema, constituindo-se em uma contribuição a ser paga pelo mutuário que venha a se beneficiar do SFH, mediante financiamento da casa própria.

Objetiva o Fundo viabilizar o sistema, sendo uma contraprestação de natureza civil, inserida no contrato livremente ajustado entre as partes, sem nenhuma conotação de imposição ou cogência capaz de descaracterizá-la.

O Fundo, para o qual contribuem os mutuários que espontaneamente recorrem ao SFH, gera recursos para a realização de seus objetivos. Conseqüentemente, são contribuintes, em percentual de 2%, os particulares que, direta e concretamente obtenham financiamento.

O Fundhab foi criado pela Lei n. 4.380/1964, objetivando gerar maior receita operacional para o SFH e, devidamente disciplinado pelo Decreto n. 89.284/1984, não se pode dizer que está maculado na origem, visto que inexistente vício na sua criação, pois previsto em lei e criado dentro dos parâmetros por ela estabelecidos no art. 66.

Nesta Corte há posição quanto à legalidade do Fundo de Assistência Habitacional, como bem demonstra o aresto a seguir transcrito:

“Correção monetária. Financiamento da casa própria. Índice aplicável março/1990. Fundo de Assistência Habitacional (Fundhab).

O saldo do financiamento com garantia hipotecária, celebrado em 26.4.1989, nos termos do Decreto-Lei n. 70/1966, deve ser atualizado, em março de 1990, a partir da data-base, pela variação do BTNF (art. 6º, § 2º, da Lei n. 8.024/1990).

Não há ilegalidade na cobrança do Fundhab, contraprestação civil assumida voluntariamente pelo mutuário.

Preliminares de incompetência rejeitadas.

Recurso conhecido em parte, e nessa parte provido.” (REsp n. 82.532-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, unânime, DJ de 13.5.1996).

Enfim, a contribuição para o Fundo de Assistência Habitacional – Fundhab constitui uma prestação de natureza civil, inserida em contrato de financiamento que segue as normas do Sistema Financeiro da Habitação, não padecendo de ilegalidade.

Com estas considerações, conheço do recurso especial e dou-lhe parcial provimento para, mantendo a CEF no pólo passivo da relação, porque parte legítima, cancelar a cobrança da contribuição para o Fundhab.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal – CEF contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que recebeu a seguinte ementa:

“Processual Civil. Declaratória de inexigibilidade. SFH. Fundhab. CEF. Decreto-Lei n. 2.291/1986. Legitimidade passiva. União Federal. Instituição financeira. Litisconsórcio. Inexistência. Preliminares rejeitadas. ‘Contribuição’ ao Fundo de Assistência Habitacional. Decreto n. 89.284/1984. Resolução n. 3/1984-BNH. Ilegalidade. Cobrança. Descabimento.

I – Ação declaratória visando à obtenção de provimento jurisdicional que exima os autores do recolhimento do percentual de 2%, destinado ao Fundhab.

II – A CEF é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, na qual se discute a legalidade da cobrança do Fundhab, vez que gestora desse fundo, nos termos do Decreto-Lei n. 2.291/1986.

III – Inexistência de litisconsórcio passivo necessário da empresa pública-recorrente com a União e o Bradesco S/A.

IV – Desnecessidade de se perquirir a natureza jurídica do indigitado Fundo, face à clamorosa ilegalidade do Decreto n. 89.284/1984, e Resolução n. 3/1984, do extinto BNH.

V – Insustentável a alegação de que a obrigatoriedade do mencionado recolhimento advém de disposição inserta em cláusula contratual, posto ofender a princípios elementares de lógica jurídica.

VI – Mostra-se, outrossim, patente a inexigibilidade do recolhimento da contribuição ao Fundhab, mormente com relação aos mutuários que não se beneficiam do FCVS, pois do contrário, estar-se-ia propiciando injusto enriquecimento do SFH.

VII – Preliminares rejeitadas e apelação improvida.” (fl. 156).

Opostos pela Recorrente, os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 169/175).

Diante desse resultado, a Caixa Econômica interpôs recurso especial com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Carta Magna, sustentando que houve negativa de vigência aos artigos 3^o, 47, 128, 165, 267, VI; 458 e 535 do Código de Processo Civil; 5^o, incisos LIV e XXXV, e 93 da Constituição Federal; 6^o da Lei de Introdução ao Código Civil, e 66 da Lei n. 4.380/1964.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo parcial provimento do presente recurso especial (fls. 217/226).

Após o voto da ilustre Ministra-Relatora, que houve por bem em conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, porque entendeu que a Recorrente é parte legítima, mantendo-a, dessarte, no pólo passivo da relação processual, chancelando a cobrança da contribuição para o Fundhab, pedi vista para melhor exame da controvérsia.

Era o que cumpria rememorar.

VOTO-VISTA

Ementa: Fundo de Assistência Habitacional – Fundhab. Legalidade. Contribuição paga pelo mutuário que se beneficia do Sistema Financeiro da Habitação. Contraprestação civil devida pelo contratante do mútuo. Litisconsórcio inexistente. Legitimidade passiva da Caixa Econômica Federal **ex lege**.

Não é ilegal a contribuição ao Fundo de Assistência Habitacional, porquanto “não tem nenhuma conotação de exigência obrigatória, que pudesse aproximá-la de outras figuras jurídicas de direito público, senão que uma contraprestação devida pelo contratante do mútuo, para obtenção do financiamento” (REsp n. 82.532-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 13.5.1996).

Litisconsórcio inexistente porque se discute na lide a legalidade de Fundo de que é gestora a Caixa Econômica Federal, controvérsia da qual não resultará reflexo sobre o agente financeiro (Bradesco), que manifestou expressamente não ter interesse na causa, bem como porque a gestora do Fundhab (CEF) é sucessora **ex lege** do extinto Banco Nacional da Habitação – BNH, e não a União (Decreto-Lei n. 2.291/1986, artigo 1^o).

Legitimidade passiva plenamente caracterizada pelo Decreto-Lei n. 2.291/1986, que fixou que a Caixa Econômica Federal sucedia o Banco Nacional da Habitação em todos os direitos e obrigações, inclusive na administração do ativo e passivo, e na gestão do Fundo de Assistência Habitacional (artigo 1º, § 1º, letras **a** e **b**).

Recurso especial conhecido e parcialmente provido, tão-só para cancelar a cobrança da contribuição para o Fundo de Assistência Habitacional – Fundhab, mantida a Caixa Econômica Federal no pólo passivo.

Inicialmente, deve ser afastada a alegação de negativa de vigência aos artigos 5º, incisos LIV e XXXV, e 93 da Constituição Federal, visto que, consoante as mais elementares lições acadêmicas, o Superior Tribunal de Justiça é o guardião da lei federal e não Corte constitucional.

Insubsistente, outrossim, a alegação de violação aos artigos 128, 165, 458 e 535 do Código de Processo Civil, pois, o v. **decisum** recorrido fora devidamente fundamentado. Sobreleva notar que ao tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, e tampouco destina-se a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia observada a **res in iudicium deducta**.

Pela leitura das razões da Recorrente, depreende-se que pretendia, na verdade, nos embargos de declaração opostos no Tribunal de origem, que foram rejeitados, o novo julgamento da causa.

Dessa forma, de acordo com o entendimento pacificado na doutrina e jurisprudência pátrias, “é incabível, nos declaratórios, rever a decisão anterior, reexaminando ponto sobre o qual já houve pronunciamento, com inversão, em consequência, do resultado final. Nesse caso, há alteração substancial do julgado, o que foge ao disposto no art. 535 e incisos, do CPC” (RSTJ 30/412).

Em embargos declaratórios, diz **Pontes de Miranda**, em conhecida lição, que “o que se pede é que se declare o que foi decidido, porque o meio empregado para exprimi-lo é deficiente ou impróprio. Não se pede que se redecida; pede-se que se reexprima”, observando, em outro passo, com a acuidade que o notabilizou, que “se permitido fosse, em embargos declaratórios, rejulgar, ferido de frente ficaria o Direito Processual brasileiro” (**in** Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. VII, pp. 399/400).

Quanto ao Fundo de Assistência Habitacional – Fundhab, foi ele criado pela Lei n. 4.380, de 21.8.1964, que, em seu artigo 66, assim dispôs:

“Art. 66. O Ministro do Planejamento adotará as medidas necessárias para a criação de um Fundo de Assistência Habitacional objetivando o financiamento às populações de renda insuficiente, destinando-lhes recursos próprios.”

Mediante essa autorização legislativa, editou-se o Decreto n. 89.284, em 10.1.1984, que disciplinou a criação do referido Fundo, dizendo quais eram os recursos que o constituíam e onde seriam aplicados, a quem competia geri-lo, e determinou que esses recursos seriam arrecadados na forma que o então Banco Nacional da Habitação – BNH viesse a estabelecer.

Com supedâneo no artigo 4º do supracitado decreto, o Banco Nacional da Habitação – BNH baixou a Resolução n. 3, de 31.1.1984, que estabeleceu, no que pertine à controvérsia, que:

“4. A contribuição ao Fundhab, dos vendedores, pessoas físicas ou jurídicas, de imóveis, objeto de financiamento a mutuário final, contratado a partir da data de início da vigência desta resolução, corresponderá a 2% (dois por cento) do valor do financiamento.

4.1. No caso de financiamento para construção, ampliação e reforma, concedido diretamente a mutuário final, inclusive no Subprograma de Refinanciamento ou Financiamento do Consumidor de Materiais de Construção – Recon, a contribuição será paga pelo mesmo, sendo calculada sobre o valor efetivamente financiado” (fls. 46/47).

Do resumo da criação legislativa do Fundo de Assistência Habitacional – Fundhab, depreende-se que, prevista no artigo 66 da Lei n. 4.380/1964, sua gênese se efetivou pelo Decreto n. 89.284/1984, que, em seu artigo 2º, letra **b**, determinou que a arrecadação seria feita na forma que o Banco Nacional da Habitação viesse a estabelecer, e, por seu artigo 4º, que o Fundo em epígrafe seria regulamentado no prazo de trinta (30) dias, assertiva que se concretizou mediante a edição da Resolução n. 3, de 31.1.1984, pelo indigitado banco.

Nesse caminhar, deve ser rechaçada a afirmativa de que é ilegal a cobrança da contribuição para o Fundo de Assistência Habitacional ou se

cuida de tributo, porquanto “trata-se de uma contribuição a ser paga pelo mutuário que quiser se beneficiar do sistema de financiamento da casa própria, destinada a constituir um fundo que procura viabilizar o sistema como um todo, disso resultando benefícios indiretos” aos recorridos, bem como “não tem nenhuma conotação exigência obrigatória, que pudesse aproximá-la de outras figuras jurídicas de direito público, senão que uma contraprestação devida pelo contratante do mútuo, para obtenção do financiamento” (REsp n. 82.532-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 13.5.1996).

De outra parte, não merece guarida a pretensão da Recorrente de que é parte ilegítima, porque sua responsabilidade passiva na relação jurídica processual está plenamente caracterizada pelo Decreto-Lei n. 2.291, de 21.11.1986, que, ao decretar a extinção do Banco Nacional da Habitação – BNH, por incorporação à Caixa Econômica Federal – CEF, fixou que esta sucedia aquele em todos os direitos e obrigações, inclusive na administração do ativo e passivo, e na gestão do Fundo de Assistência Habitacional (artigo 1º, § 1º, letras **a** e **b**). Portanto, extinto o Banco Nacional da Habitação – BNH, configurou-se a legitimação passiva da Recorrente como sucessor **ex lege**.

Por fim, fica arredada a irresignação da Recorrente quanto ao litisconsórcio do Banco Bradesco S/A, porque se discute na lide a legalidade de fundo de que é gestora, controvérsia da qual não resultará reflexo sobre o agente financeiro. Outrossim, é de bom conselho rememorar que o Banco Bradesco S/A manifestou-se expressamente não ter interesse na causa (fl. 86).

Por outro lado, também não comporta a lide o litisconsórcio da União, porquanto, consoante acima asseverado, a Caixa Econômica Federal – CEF é sucessora **ex lege** do extinto Banco Nacional da Habitação – BNH, e não o ente federal (Decreto-Lei n. 2.291/1986, artigo 1º), posição essa já sedimentada pela jurisprudência deste egrégio Sodalício, citada pela ilustre Ministra-Relatora.

Pelo que precede, peço vênias para acompanhar a ilustre Ministra-Relatora, e conhecer do recurso especial para dar-lhe provimento parcial tão-só para cancelar a cobrança da contribuição para o Fundo de Assistência Habitacional – Fundhab, mantida a Caixa Econômica Federal no pólo passivo.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Medina: Roberto Viegas Calvo e Luizila Maria Ribeiro Calvo ajuizaram, perante a Justiça Federal do Estado de São Paulo, ação declaratória de inexistência de relação jurídica entre eles e a Caixa Econômica Federal, capaz de os obrigar a contribuir para o Fundo de Assistência Habitacional – Fundhab (petição inicial – fl. 15).

Em 1ª grau, a demanda foi julgada procedente, por entender o MM. Juiz Federal que a contribuição ao Fundhab, criada pelo Decreto n. 89.284, de 10 de janeiro de 1984, tem natureza tributária e não observou o princípio da legalidade, porquanto não foi a lei que descreveu a sua hipótese de incidência, mas um decreto e uma resolução do Banco Nacional da Habitação – BNH.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no julgamento do recurso que se seguiu, manteve a sentença, em aresto ementado nos seguintes termos, **in verbis**:

“Processual Civil. Declaratória de inexigibilidade. SFH. Fundhab. CEF. Decreto-Lei n. 2.291/1986. Legitimidade passiva. União Federal. Instituição financeira. Litisconsórcio. Inexistência. Preliminares rejeitadas. ‘Contribuição’ ao Fundo de Assistência Habitacional. Decreto n. 89.284/1984. Resolução n. 3/1984-BNH. Ilegalidade. Cobrança. Descabimento.

I – Ação declaratória visando à obtenção de provimento jurisdicional que exima os autores do recolhimento do percentual de 2%, destinado ao Fundhab.

II – A CEF é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, na qual se discute a legalidade da cobrança do Fundhab, vez que gestora desse fundo, nos termos do Decreto-Lei n. 2.291/1986.

III – Inexistência de litisconsórcio passivo necessário da empresa pública-recorrente com a União e o Bradesco S/A.

IV – Desnecessidade de se perquirir a natureza jurídica do indigitado Fundo, face à clamorosa ilegalidade do Decreto n. 89.284/1984 e Resolução n. 3/1984, do extinto BNH.

V – Insustentável a alegação de que a obrigatoriedade do mencionado recolhimento advém de disposição inserta em cláusula contratual, posto ofender a princípios elementares da lógica jurídica.

VI – Mostra-se, outrossim, patente a inexigibilidade do recolhimento da contribuição ao Fundhab, mormente com relação aos mutuários que não se beneficiam do FCVS, pois do contrário, estar-se-ia propiciando injusto enriquecimento do SFH.

VII – Preliminares rejeitadas e apelação improvida.”

Contra este acórdão, interpôs a CEF recurso especial, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, argüindo a nulidade do v. **decisum** hostilizado, por violação aos arts. 3^o, 47, 128, 165, 267, inc. VI; 295, inc. II; 458 e 535, todos do Código de Processo Civil, aos arts. 5^o, incs. LIV e XXXV, e 93, ambos da Constituição Federal, e ao art. 6^o da Lei de Introdução do Código Civil, ao declarar: a uma, a sua ilegitimidade passiva **ad causam**; a duas, a existência de litisconsórcio necessário entre si, a União Federal e o Banco Bradesco S/A, e a três, não se restringirem os benefícios do FCVS às quitações de resíduos contratuais, por abarcarem, inclusive, as garantias securitárias constantes na cláusula vigésima do contrato firmado entre os Recorridos e o Banco Bradesco S/A.

Em 2 de agosto do corrente ano, os autos foram trazidos à apreciação desta colenda Turma, tendo a eminente Ministra Eliana Calmon, relatora, asseverado, após confirmar a competência de uma das Turmas de Direito Público para o julgamento da matéria, ser a Caixa Econômica Federal parte legítima para figurar no pólo passivo da ação declaratória de que se cuida, inexistir litisconsórcio necessário entre aquela e a União e, afinal, a legalidade da contribuição ao Fundhab que considerou ser “uma prestação de natureza civil, inserida em contrato de financiamento que segue as normas do Sistema Financeiro da Habitação”.

Após pedido de vista, o eminente Ministro Franciulli Netto acompanhou a ilustre Relatora, conhecendo do recurso e dando-lhe parcial provimento para cancelar a cobrança da contribuição para o Fundo de Assistência Habitacional.

Nesta mesma esteira, o voto da eminente Ministra Laurita Vaz.

Em 9 de outubro passado, pedi vista dos autos para melhor refletir acerca da competência desta egrégia Turma, enquanto componente da colenda Primeira Seção, no que se refere ao julgamento do tema, e da natureza da contribuição do Fundhab.

Sendo estas as considerações que entendo suficientes a rememorar os meus distintos pares, quanto ao **thema decidendum**, passo a votar.

A questão relativa à competência das Turmas que compõem a egrégia Primeira Seção para a análise da matéria sob exame, embora possa num primeiro momento parecer inoportuna, porque aparentemente superada pela orientação jurisprudencial deste colendo Tribunal, é de grande complexidade, porquanto diz respeito àquelas hipóteses nas quais não é possível fixar-se entendimento único, haja vista a natureza da relação jurídica variar conforme as questões trazidas à consideração deste Pretório, por meio do recurso extremo.

Para elucidar essa afirmação, ressalto o julgamento da Questão de Ordem no REsp n. 94.604-RS, pela Corte Especial, tendo sido relator o eminente Ministro Ari Pargendler, cujo voto foi acompanhado, por unanimidade, ensejando-me transcrever:

“A egrégia Primeira Seção tem, em conflitos de competência, decidido iterativamente que *todas* as causas decorrentes de contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação implicam a imediata integração no feito da Caixa Econômica Federal, e, por via de consequência, a competência da Justiça Federal.

Sempre fiz, em relação a essa orientação, duas objeções: uma, de *substância*, porque só devem ser processadas e julgadas na Justiça Federal as causas resultantes de contratos garantidos pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS; outra, de *método*, porque, na instância do conflito, a competência da Justiça Federal só pode ser reconhecida, se a Caixa Econômica Federal, administradora do Fundo de Compensação de Variações Salariais, participar do processo.

Ultimamente, ressalvando ponto de vista pessoal, venho acompanhando o entendimento da maioria, e, nessa linha, a egrégia Segunda Turma só não julgou o presente recurso especial, para prevenir embargos de divergência. É que, tendo a egrégia Quarta Turma, no REsp n. 82.532-SP, relator o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, decidido questão idêntica à que se discute nestes autos, os embargos de divergência para a Corte Especial seriam inevitáveis, ainda que os julgamentos de mérito coincidissem – na medida em que os julgados discrepariam a respeito da competência *interna* do Tribunal.

Por isso, a afetação do processo para esta Corte Especial, nos termos do artigo 16 do Regimento Interno, a saber:

‘As Seções e as Turmas remeterão os feitos de sua competência à Corte Especial:

IV – quando convier pronunciamento da Corte Especial em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergência entre as Seções.’

Na espécie, a divergência pode ser prevenida com a só declaração de qual é a Seção do Tribunal competente para o processo e julgamento da matéria **sub judice**.

A meu juízo, a definição dessa competência depende, em cada caso, da resposta à seguinte pergunta:

‘O julgamento da causa pode comprometer o Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS?’

Se esse fundo responde pelo resíduo do saldo devedor, o contrato tem um traço *publicístico*, as causas dele resultantes exigem a participação da Caixa Econômica Federal e cabe à Justiça Federal processá-las e julgá-las.

Se o resíduo do saldo devedor, eventualmente existente após o pagamento das prestações contratuais, for responsabilidade do próprio mutuário, estar-se-á diante de um contrato de natureza estritamente *privada*, e as causas dele decorrentes, interessando unicamente às partes contratantes, devem ser processadas e julgadas pela Justiça Estadual.

Na espécie, o contrato a cujo respeito se controverte tem como partes o Banco Itaú S/A e o casal de Gilso Antônio Savaris, nas quais se esgotam todos os direitos e obrigações, conforme se depreende da cláusula quinta, **in verbis**:

‘Se, atingindo o término do prazo contratual e uma vez pagas todas as prestações, o financiamento permanecer com saldo devedor, o(a, s) comprador(a, es, s) deverá(ão) pagá-lo, com recursos próprios, de uma só vez, na data do vencimento deste contrato, ou mediante concessão de novo financiamento, com as mesmas condições do financiamento ora contratado, ressalvado o prazo máximo, que será limitado a até 50% (cinquenta por cento) do prazo de amortização constante do incluso quadro-resumo, bem como a remuneração máxima efetiva da credora neste contrato’ (fl. 19).

Por isso, a conclusão de que aqui a ação deveria mesmo, como foi,

ter sido processada e julgada pela egrégia Justiça Estadual, cabendo o exame do recurso especial à egrégia Segunda Seção; é neste sentido que resolvo a questão de ordem.”

Destarte, consoante se depreende da leitura do voto trasladado, a egrégia Corte Especial abarcou o entendimento de que, independentemente de figurar na lide pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, a competência das Primeira e Segunda Seções deste colendo Tribunal se estabelece em razão da natureza jurídica da questão controvertida que, naquele caso, referia-se à aplicação de índice relativo ao expurgo inflacionário do mês de março de 1990, na correção monetária de saldo devedor de contrato firmado sob a égide do Sistema Financeiro da Habitação, sem a cláusula do FCVS.

Nos autos em epígrafe, o contrato de mútuo celebrado entre os Recorridos e o Banco Bradesco igualmente não envolve a cláusula do FCVS, senão vejamos (fl. 22 – cláusula décima quarta e fl. 24 – verso, n. 19):

“*Cláusula Décima Quarta* – Ao término do prazo contratual, existindo saldo devedor, a quantia será resgatada pelo (a, s) devedor (a, es, s), pela forma mencionada no n. 19 do quadro-resumo.”

Por sua vez, o item 19 do quadro-resumo tem a seguinte redação:

“*Forma de resgate do saldo residual ao final do prazo*: o(s) devedor(es) fica(m) responsável(eis) pelo pagamento do eventual saldo devedor remanescente, que será pago, integralmente, em uma única parcela, juntamente com a última prestação prevista neste contrato.”

Entretanto, ainda que o contrato em apreço não seja contemplado com a cláusula do FCVS, é de se inferir ser da competência de uma das Turmas de Direito Público o julgamento da matéria **sub judice**, vez que diz respeito à contribuição de caráter social, inserta em disposição contratual, não por acordo entre as partes, senão por ordem decorrente do Decreto n. 89.284/1984 e da Resolução n. 3/1984, da Diretoria do extinto BNH.

Sendo objeto do presente recurso matéria de cristalina natureza pública e de caráter administrativo, apesar de discordando da fundamentação sobre o tema aqui esposado, do voto da eminente Ministra Eliana Calmon, entendendo ter sido corretamente distribuído a esta colenda Segunda Turma, o processo de que se cuida, **ex vi** do art. 9º, § 1º, inc. XI, do RISTJ.

Ultrapassado este ponto que seria prejudicial à solução da controvérsia, por esta egrégia Turma, passo ao exame de admissibilidade do recurso especial.

Compulsando os autos, verifico que o apelo vertente foi manifestado com único alicerce na alínea **a** do permissivo constitucional, visando à reforma do v. aresto hostilizado, em razão de suposto malferimento aos arts. 3º, 128, 165, 267, inc. VI; 295, inc. II; 458 e 535, todos do Código de Processo Civil, aos arts. 5º, incs. LIV e XXXV, e 93, ambos da Constituição Federal, e ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Excluindo-se, prefacialmente, da análise deste egrégio Tribunal os dispositivos constitucionais indicados, pelo óbvio motivo de que o recurso especial restringe-se às hipóteses de violação à lei federal, consoante preceitua o art. 105, inc. III, alínea **a**, da Carta da República, não estão prequestionados os arts. 128, 165 e 458 do estatuto adjetivo civil, que tratam, em suma, da necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Note-se, quanto a estes artigos, que a firme orientação jurisprudencial desta colenda Corte, atesta a necessidade de prequestionamento de matéria relativa à nulidade surgida no próprio aresto recorrido, conforme indica o precedente que passo a transcrever, escolhido dentre inúmeros outros, por bem explicitar a questão:

“Processual Civil. Nulidade do acórdão recorrido. Decisão **extra petita**. CPC, art. 460. Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356-STF. Recurso especial.

1. A análise da questão pelo Tribunal de origem é essencial para a verificação da alegada ofensa à lei federal, ainda que o vício tenha surgido no próprio acórdão recorrido. Incidência das Súmulas n. 282 e 356-STF.

2. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 275.798-DF, rel. Min. Edson Vidigal, **in** DJ de 11.12.2000, Quinta Turma, por unanimidade).

No que tange ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, além de não ter sido objeto de debate pelo Tribunal de origem – carecedor, portanto, do requisito do prequestionamento – este repete preceito constitucional, revelado no art. 5º, inc. XXXVI, da Carta de 1988. Assim, também inviável o seu exame, por meio do recurso especial.

Destarte, é de se concluir que a única matéria que se encontra passível

de apreciação desta Corte Superior diz respeito à alegada afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil, à legitimidade ou não da recorrente, Caixa Econômica Federal, para figurar no pólo passivo da presente ação declaratória, e ao invocado litisconsórcio necessário.

Relativamente ao dispositivo que trata dos embargos de declaração, não há como se vislumbrar nenhuma violação pelo v. aresto **a quo**. Como bem salientaram os ilustres colegas, Ministra Eliana Calmon e Ministro Franciulli Netto, a pretensão da então embargante não era a de aprimorar julgado no qual existente omissão, dúvida ou contradição, mas a de que novo julgamento da causa fosse efetuado, em total dissonância com o entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência pátrias, acerca do cabimento dos declaratórios.

Com efeito, o acórdão dos embargos, embora tenha rejeitado o recurso, asseverou, após transcrever trecho do **decisum** embargado que “no aresto apenas não foram transcritos os preceitos inculpidos nos artigos mencionados, mas, em contrapartida, foi colacionada aos autos jurisprudência que evidencia, de forma incontestável, a legitimidade da empresa pública-embargante”. E, ainda, “temos, como restou demonstrado, um caso típico de sucessão processual por força de lei, sendo totalmente descabido cogitar-se que a Caixa Econômica Federal apenas sucedeu o BNH no que concerne às ações já instauradas, uma vez que o artigo 5º do referido decreto-lei regula apenas a questão da suspensão de prazos, com relação a essas ações (...)”. Enfim, exigir-se que o Tribunal ordinário se pronuncie sobre omissão inexistente seria o mesmo que ferir as regras da lógica ou as leis da razão.

Ainda, quanto à legitimidade passiva **ad causam** da Recorrente e a existência de litisconsórcio necessário, com a União e o Banco Bradesco S/A, melhor sorte não há de socorrê-la. Para evitar dilação desnecessária, ante a patente ausência de plausibilidade das alegações da Caixa Econômica Federal, neste tópico, faço minhas as argumentações apresentadas pela Ministra Eliana Calmon e pelo Ministro Franciulli Netto sobre o tema, as quais referenciaram a farta jurisprudência deste Tribunal Superior, a respeito de ser a Caixa Econômica Federal a única legitimada a figurar no pólo passivo da demanda em questão.

Por fim, relativamente ao tema da existência ou não de relação jurídica entre a Recorrente e os Recorridos, capaz de obrigar estes últimos a contribuir para o Fundo de Assistência Habitacional – Fundhab, mister se faz, para melhor delimitar a questão controversa, a transcrição dos trechos

constantes do tópico que a Recorrente chamou de “o mérito da causa”, na petição recursal:

“De saída, verifica-se que é inteiramente incorreta a alegação dos Recorridos e firmada no v. acórdão impugnado, de que os benefícios do FCVS não alcançam o seu contrato, baseados no fato de que o eventual resíduo existente ao final do prazo não teria cobertura daquele Fundo. Acontece que os benefícios do FCVS não se resumem apenas nas quitações dos resíduos contratuais, como imaginaram os Apelados e o egrégio TRF da 3ª Região.

De fato, a teor do art. 2º do Regulamento do FCVS (aprovado pela Portaria n. 271, de 25.4.1991, do Ministério da Economia), suas finalidades são: **(omissis)**

Denota-se, pois, que o FCVS, além da sua função original de fazer frente aos resíduos contratuais, responde também pela tarefa de dar o necessário suporte equalizador do Sistema Securitário do SFH.

Ora! O contrato entabulado entre os Recorridos e o Banco Bradesco S/A, traz em seu preâmbulo a expressa indicação de que pertence ao SFH, além do que a cláusula vigésima do citado instrumento estabelece:

‘Cláusula Vigésima: ‘Dos Seguros – Declaram os ora devedores estarem cientes de que, na ocorrência de evento amparado pelos seguros estipulados pelo credor relativamente às coberturas de morte e invalidez permanente dos ora devedores e danos físicos no imóvel dado em garantia, o sinistro deverá ser comunicado ao credor por escrito, no prazo máximo de 20 (vinte) dias a contar da data do sinistro. (...)’

Assim sendo, temos comprovado o fato de que o imóvel adquirido pelos Recorridos com financiamento Bradesco, está garantido pelo Seguro Habitacional do SFH, nas modalidades MIP (morte e invalidez permanente) e danos físicos, cujo respaldo financeiro advém do FCVS! (...).

Por outro lado, são inteiramente descabidas as alegações de que as contribuições ao Fundhab revestem-se de natureza tributária, ou de que, como assentado no v. aresto recorrido, que seriam ilegais por não terem sido instituídas por lei.

Em primeiro lugar, o Fundhab, cuja existência já estava prevista desde os primórdios do SFH (art. 66 da Lei n. 4.380/1964), não foi criado por nenhuma resolução do antigo BNH, mas, sim, pelo Decreto n. 89.284, de 10.1.1984, decreto esse que autorizou àquele Banco baixar as normas complementares (regulamento), o que foi feito através da Resolução de Diretoria n. 3, de 31.1.1984.

Não há, evidentemente, nenhuma ilegalidade de forma ou de fundo, na edição desses normativos. Ademais, conforme já admitiu o Plenário do egrégio STF (RE n. 100.249), seguido pela egrégia Segunda Seção do TRF da 3ª Região (Emb. Infr. na AC n. 43/89.03.30103-0 – DOE de 21.5.1990), as contribuições para o FGTS não têm natureza tributária.

Com muito maior razão, pode-se afirmar que as contribuições ao Fundhab também não são créditos tributários, até porque não há como se fazer a inscrição de tais *tributos*, sendo que a única consequência do não-recolhimento de tais contribuições seria a resolução do respectivo contrato por inexecução de suas cláusulas.

*Acaso assim não se conclua, vê-se que infringido estaria o princípio **pacta sunt servanda**, eis que o contrato é lei entre as partes, não se podendo desrespeitá-lo, já que é ato jurídico perfeito, a teor do artigo 6º do Decreto n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.”* (grifei).

É de fácil dedução, da análise do extrato acima transcrito, que o único dispositivo indicado pela Recorrente como tendo sido violado pelo v. aresto de origem, quanto ao assunto em apreço, foi o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, que, além de não ter sido prequestionado, repete preceito constitucional, consoante asseverei em oportunidade prévia.

E, mesmo que com imenso esforço de interpretação se pudesse vislumbrar ter sido indicado como malferido o art. 66 da Lei n. 4.380/1964, este não guarda relação com a matéria **sub examine**, sendo insuficiente à pretendida reforma do aresto recorrido. Senão vejamos o seu teor:

“O Ministro do Planejamento adotará as medidas necessárias para a criação de um Fundo de Assistência Habitacional objetivando o financiamento às populações de renda insuficiente, destinando-lhes recursos próprios.”

Note-se que a **quaestio iuris** não se refere à competência do Ministro

do Planejamento para a criação de um Fundo de Assistência Habitacional, nem mesmo ao próprio Fundo, mas a uma contribuição, prevista genericamente num decreto e, definitivamente instituída em resolução do BNH.

Outrossim, ainda que suplantável o óbice referido à admissibilidade do recurso especial, no que tange à contribuição ao Fundhab, outro embaraço estaria a torná-lo não cognoscível. Sobre o tema, o v. aresto **a quo** fundou-se em duas assertivas:

1. a existência de vício de legalidade na criação da contribuição ao Fundhab, visto ter sido imposta por mero decreto do Executivo e não por lei;

2. não ser o recolhimento da obrigação mencionada de caráter obrigatório em decorrência de disposição contratual, posto que pela natureza do contrato de mútuo que firmou, os ora recorridos não vão se utilizar do benefício da quitação de resíduo contratual porventura existente quando findo o seu prazo, pelo FCVS.

Assim restou redigido o aresto hostilizado, no que interessa:

“No mérito da controvérsia, pouco interesse tem a exata identificação da natureza jurídica da quantia que teriam os autores que destinar aos cofres do chamado Fundhab. Quer se trate de contribuição social ou de tributo, a exação criada por simples decreto do Executivo não atende ao requisito da legalidade. Note-se que o art. 66 da Lei n. 4.380/1964 (que criou o BNH) apenas determinou que o Ministro do Planejamento adotasse medidas necessárias para a criação daquele Fundo e lhe destinasse recursos próprios. Não se referiu à instituição de contribuição alguma. Foi o Decreto n. 89.284/1984, à guisa de regulamento do referido diploma legal, que se referiu vagamente a ‘contribuições’, no âmbito do SFH, a serem definidas pelo finado Banco, como uma das possíveis receitas do Fundo. Na verdade, foi a diretoria do mesmo, pela edição da Resolução n. 3/1984, que instituiu a contribuição obrigatória de 2% (dois por cento) sobre o valor dos financiamentos. Como bem salientou a sentença recorrida, não poderia tê-lo feito, porque tanto o decreto, quanto a resolução, são clamorosamente ilegais.

Também é pueril, se não objeto de motejo, o argumento da apelante de que se trata de recolhimento obrigatório por se tratar de ‘cláusula contratual’. Ou bem se defende a legalidade da exação imposta aos mutuários, como providência de caráter superior, ou se preserve

para discutir a matéria em nível obrigacional. As duas coisas ao mesmo tempo é que não se tornam possíveis, pois ofendem aos princípios elementares da lógica jurídica.

A verdade é que, qualquer que seja o prisma pelo qual se enfoque a questão, não estariam os autores obrigados ao citado recolhimento. Está mais do que claro, na aludida regulamentação administrativa, que a ‘contribuição’ instituída para o Fundhab tem a finalidade precípua de socorrer o outro Fundo, o FCVS, para a cobertura de saldos negativos de empréstimos ao final do prazo contratual. Anote-se que esse segundo Fundo, de caráter preponderante nas preocupações dos gestores do SFH, já possui fontes próprias de recursos, entre as quais, a cobrança de outra ‘contribuição’ de 3% (três por cento) sobre o valor da prestação mensal paga pelo mutuário do sistema (art. 9º, I, do Regulamento do FCVS). Pois bem, no caso dos Autores, não há relação jurídica alguma a jungi-los ao FCVS, já que, pela natureza do seu contrato de empréstimo, não há possibilidade de que o mesmo venha a precisar de garantia para a amortização da dívida após o limite do prazo pactuado. O recolhimento, pois, da ‘contribuição’ de 2% ao Fundhab se constituiria, a toda evidência, numa exigência sem causa, que propiciaria injusto enriquecimento do SFH, à custa do mutuário.”

O primeiro tópico acima relacionado, no entanto, não foi atacado neste recurso. Pelo contrário, a própria Recorrente, nas razões recursais, concordou com a fundamentação utilizada pelo acórdão recorrido, ao asseverar que o art. 66 da Lei n. 4.380/1964 apenas previu a criação do Fundhab, o qual foi efetivamente estabelecido por mero decreto do Executivo, o de n. 89.284/1984, decreto este que autorizou o BNH a instituir contribuições.

Demais disso, tendo o Tribunal de origem afirmado não contemplar o contrato celebrado pelos Recorridos e o Banco Bradesco S/A a cláusula do FCVS, outro posicionamento não poderia tomar esta Corte Superior, em razão do disposto na Súmula n. 5-STJ.

Apesar de votos já proferidos, onde estou a opor argumentos, permito-me discutir o tema da existência ou não de relação jurídica entre a Recorrente e os Recorridos, capaz de obrigar a estes últimos a contribuir para o Fundo de Assistência Habitacional – Fundhab, passo a tecer considerações acerca deste tema.

Primeiramente, cumpre-me lembrar os ilustres colegas de disposição contida na cláusula décima quarta do contrato em análise, bem como

do item 19 do seu quadro-resumo, os quais já havia transcrito, quando traí da competência desta Segunda Turma, para o julgamento dos autos em epígrafe.

“Cláusula Décima Quarta – Ao término do prazo contratual, existindo saldo devedor, a quantia será resgatada pelo (a, s) devedor (a, es, s), pela forma mencionada no n. 19 do quadro-resumo.”

Item n. 19 – *“Forma de resgate do saldo residual ao final do prazo: – O(s) devedor(es) fica(m) responsável(eis) pelo pagamento do eventual saldo devedor remanescente, que será pago, integralmente, em uma única parcela, juntamente com a última prestação prevista neste contrato.”*

Aí reside a solução da controvérsia. Tendo os mutuários, ora recorridos, que suportar o pagamento de saldo devedor que porventura seja remanescente, quando findo o prazo contratual, não há que se falar, pois, em contrato firmado com a chamada cláusula do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS.

Saliento, por oportuno, que o contrato firmado entre os Recorridos e o Banco Bradesco S/A, data de julho de 1988, quando vigente o Decreto-Lei n. 2.406, de 5 de janeiro daquele ano, que, nos seus arts. 2º e 7º, estabelece que:

“Art. 2º. O Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS) será estruturado por decreto do Poder Executivo e seus recursos destinam-se a quitar, junto aos agentes financeiros, os saldos devedores remanescentes de contratos de financiamento habitacional, firmado com mutuários finais do Sistema Financeiro da Habitação.”

“Art. 7º. Permanecem destinados ao Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS) os recursos do Fundo de Assistência Habitacional (Fundhab).”

Assim sendo, imprópria a argumentação da Recorrente quando afirma, com alicerce no art. 2º do Regulamento do FCVS, aprovado pela Portaria n. 271, do Ministério da Economia, sequer existente à época da celebração do contrato que, dentre as finalidades do FCVS, está a função de responder pela tarefa de dar o necessário suporte equalizador do Sistema Securitário do SFH.

Consoante bem sustentado no v. acórdão **a quo**, “no caso dos autores, não há relação jurídica alguma a jungi-los ao FCVS, já que, pela natureza do seu contrato de empréstimo, não há possibilidade de que o mesmo venha a precisar de garantia para a amortização da dívida após o limite do prazo pactuado”.

Giuseppe Chiovenda, no seu livro *Instituições de Direito Processual Civil* (Edição Saraiva, 1969), define a relação jurídica como sendo “uma relação entre duas ou mais pessoas, regulada pela vontade da lei e formada pela verificação de um fato”. E, sobre os fatos jurídicos, leciona que assim se denominam “os fatos que derivam da existência, modificação ou da cessação de uma vontade concreta da lei”.

In casu, não há lei impondo aos Recorridos o dever de contribuir para o Fundhab, senão uma resolução da diretoria do extinto BNH, a qual fixou as hipóteses e o percentual de incidência da contribuição, cuja legalidade se examina nestes autos.

É que o art. 66 da Lei n. 4.380/1964 apenas determina ao Ministro do Planejamento a adoção de medidas necessárias à criação “de um Fundo de Assistência Habitacional objetivando o financiamento às populações de renda insuficiente, destinando-lhes recursos próprios”.

Como se vê, não cria nenhuma contribuição ou sequer afirma que contribuições devam ser criadas, mas tão-somente determina a destinação de recursos a “um Fundo de Assistência Habitacional”, visando a socorrer populações carentes a adquirir habitação.

O Decreto n. 89.284/1984, por sua vez, também não cria nenhuma contribuição específica para o Fundhab, senão o próprio Fundo, delegando competência ao BNH para a definição de receitas e contribuições, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, que possam ser revertidas em recursos ao Fundhab.

Destarte, não há lei capaz de evidenciar a existência de relação jurídica entre os Recorridos e a Recorrente, de forma que aqueles sejam obrigados ao pagamento de 2% incidentes sobre o saldo devedor do contrato de mútuo que celebrou, a título de contribuição ao Fundhab.

Enfim, dada a inexistência de lei determinando aos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação que contribuam da maneira acima explicitada para o Fundhab, bem como não sendo os Recorridos beneficiários em potencial da cláusula do FCVS, ante não ter sido prevista no contrato firmado entre eles e o Banco Bradesco, não há como se obrigá-los ao mencionado pagamento.

Consoante lição do mestre **Manuel Inacio Carvalho de Mendonça**, em *Doutrina e Prática das Obrigações*, Tomo II, Ed. Revista Forense, 1956, “a obrigatoriedade dos contratos só diz respeito às partes contratantes, nunca a terceiros. Êstes não podem invocar, nem contra êles podem ser invocadas as obrigações contratuais em que não intervieram; é a respeito deles – **res inter alios acta**”.

Descartável a invocação da CEF, sucessora **ex lege** do BNH (art. 1^a do Decreto-Lei n. 2.291/1986) de que aplicável à hipótese vertente o princípio do **pacta sunt servanda**, pela óbvia razão de que, além de ser terceiro estranho ao contrato em epígrafe, a contribuição mencionada na cláusula décima, inc. IV, alínea **a**, desse, não foi objeto de acordo de vontades, e sequer interessa ao mutuante, porquanto o valor recolhido é repassado ao Fundhab, revelando-se, sim, em cumprimento, por parte do Banco Bradesco S/A, de determinação administrativa do BNH. Tanto que o Banco mutuante expressou, à fl. 86, a sua ausência de interesse em participar da ação.

Afinal, ressalto que se fôssemos buscar definir a natureza jurídica da contribuição ao Fundhab, muito provavelmente, concluiríamos pela sua característica de contribuição parafiscal.

É que se trata de exação cobrada por pessoa jurídica diversa da União, Estados e Municípios, no caso o BNH, que intermedeia a intervenção do Governo Federal no setor de habitação, consoante preceitua o art. 2^a da Lei n. 4.380/1964, e visa ao atendimento de interesse social, no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional e a suprir o Fundo de Compensação e Variação Salarial, porquanto constitui-se em recurso do Fundhab.

Sobre a parafiscalidade, **José Eduardo Soares de Melo**, Doutor em Direito e Professor de Direito Tributário da PUC-SP, colaciona, no seu livro *Contribuições Sociais no Direito Brasileiro*, Ed. Malheiros, 3^a ed., conceitos construídos por juristas de reconhecido valor acadêmico, os quais cito:

Para **Aires Barreto**, “a parafiscalidade resulta da conjugação dos seguintes fatores: (a) atribuição a pessoas diversas do Estado de exações compulsórias, e (b) que os recursos auferidos nessa condição destinem-se especificamente aos fins precípuos dos mesmos órgãos que os arrecadam”.

Geraldo Ataliba coloca a parafiscalidade como a “atribuição pela lei, de serem sujeito ativo de tributos (...) pessoas diversas da União, Estados e Municípios, distinguindo-a da fiscalidade, que é a arrecadação de tributos pelo próprio Estado. E, acrescenta que a circunstância de um tributo ser

batizado de contribuição parafiscal não implica necessariamente natureza específica de contribuição (art. 4º do CTN), nem permite se posterguem as exigências constitucionais que disciplinam e limitam a tributação”.

Aliomar Baleeiro aponta quatro elementos como características das contribuições parafiscais: (a) a delegação do poder fiscal do Estado a um órgão oficial ou semi-oficial autônomo; (b) destinação especial ou afetação dessas receitas aos fins específicos cometidos ao órgão oficial ou semi-oficial investido daquela delegação; (c) exclusão dessas receitas delegadas ao orçamento geral (seriam, então, para-orçamentárias, parabudgedárias, segundo **Laerrière**); (d) conseqüentemente, subtração de tais receitas à fiscalização do Tribunal de Contas ou órgão de controle da execução orçamentária.

Ainda, **Marco Aurélio Greco**, também Doutor em Direito e Professor universitário, no livro *Contribuições (uma Figura Sui Generis)*, Ed. Dialética, distingue as contribuições dos demais tributos, da seguinte maneira:

“As contribuições são diferentes de impostos e taxas porque partem de um conceito básico diverso. Ainda que tenham natureza tributária, isto não lhes retira esta diferença. Enquanto o imposto apóia-se no poder de império (**o casus necessitatis**), ou seja, o Estado precisa de determinado montante em dinheiro para atender às despesas relativas ao exercício de suas funções e, para tanto, exerce (nos limites da Constituição) seu poder de império sobre os contribuintes, nas taxas o conceito básico que as informa não é o do puro império, mas o de benefício (que, segundo alguns é formulado a partir de uma noção de contraprestação que seria ínsita à figura).

Por sua vez, nas contribuições (não vou ampliar agora o exame deste conceito, mas talvez mais adiante fique claro) o conceito básico não é o poder de império do Estado, nem o benefício que o indivíduo vai obter diretamente de uma atividade do Estado (nem necessariamente o seu custo), mas, sim, o conceito de solidariedade em relação aos demais integrantes de um grupo social ou econômico, em função de certa finalidade. (...)

Este conceito básico, no qual está apoiada a figura das contribuições, tem como desdobramento um segundo conceito que vai definir sua estrutura. (...)

Um segundo conceito vai definir a estrutura das contribuições. Para os impostos, este segundo conceito é o de manifestação de capacidade contributiva; para as taxas é a fruição individual da atividade estatal e, para as contribuições, é a qualificação de uma finalidade a partir da qual é possível identificar quem se encontra numa situação diferenciada pelo fato de o contribuinte pertencer ou participar de um certo grupo (social, econômico, profissional). Isto leva à identificação de uma razão de ser diferente para cada uma das figuras.”

Das ilações indigitadas, ainda que não pretenda me aprofundar no tema, eis que prescindível à solução da presente controvérsia, posso afirmar ser a contribuição ao Fundhab verdadeira contribuição de caráter tributário, instituída em inobservância ao princípio da legalidade tributária insculpido no art. 97 do Código Tributário Nacional: é exação que se destina a um fim social, consubstanciado na arrecadação de recursos para o Fundo de Assistência Habitacional, objetivando o financiamento de habitação a populações de renda insuficiente, conforme previsão do art. 66 da Lei n. 4.380/1964; é imposta, dentre outros, a mutuário final, nas hipóteses de financiamento para construção, ampliação e reforma; incide sobre o valor efetivamente financiado; e, na situação mencionada, deve ser recolhida no mês imediatamente anterior ao de vencimento da primeira prestação do período de amortização.

A contribuição ao Fundhab tem indiscutível caráter imperativo. Consta do contrato de mútuo firmado entre Recorridos e Banco Bradesco S/A, não por razões do direito obrigacional, vinculado ao acordo entre as partes, mas por determinação de ato administrativo do extinto Banco Nacional de Habitação (Resolução n. 3). Não aproveita a nenhum dos contratantes diretamente, senão ao próprio Fundhab, eis que o montante pago pelo mutuário é repassado ao BNH, com a finalidade de servir de recurso ao referido Fundo.

Enfim, não vejo, de forma alguma, a contribuição ao Fundhab, como contraprestação civil, assumida voluntariamente pelos Recorridos, até porque, como já salientei, a suposta contraprestação – da qual não identifiquei a relacionada prestação de caráter objetivo – não aproveita a nenhum dos contratantes, mas a terceiro não vinculado à relação contratual. Trata-se, em verdade, não de obrigação surgida do princípio do consentimento recíproco, fundamento do contrato, mas nascida de uma determinação de cunho administrativo do BNH.

Posto isso, *não conheço* do recurso especial, na esteira da orientação majoritária desta colenda Corte, quanto ao apelo manifestado com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, por não vislumbrar afronta aos arts. 47, 267, inc. IV; 295, inc. II, e 535, todos do Código de Processo Civil e à nenhuma legislação federal concernente à questão controvertida, relacionada ao Fundo de Assistência Habitacional ou ao Fundo de Compensação de Variações Salariais.

RECURSO ESPECIAL N. 271.316 – PR

(Registro n. 2000.0079435-0)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Rogério Ampessan Cozer Bacchi e outros
Recorrido: Evaldo Maciel de Lima
Advogado: Deamiro Honore de Oliveira Junior
Recorrida: União

EMENTA: FGTS – Levantamento de depósito da conta vinculada para fins de subsistência – Impossibilidade – Negativa de vigência ao art. 20 da Lei n. 8.036/1990.

1. As hipóteses de movimentação da conta vinculada do FGTS estão relacionadas em **numerus clausus** no art. 20 da Lei n. 8.036/1990.

2. Hipótese de levantamento para fins de subsistência não contemplada pela legislação própria.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao

recurso especial. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Laurita Vaz, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília-DF, 6 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora.

Publicado no DJ de 18.2.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto pela CEF, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, de acórdão do TRF da 4ª Região, que, em sede de apelação, deferiu o pedido de antecipação de tutela, para permitir ao Recorrido o saque imediato dos valores existentes na sua conta individual do FGTS.

Alega a Recorrente que houve violação ao art. 20 da Lei n. 8.036/1990, sustentando que o saque do FGTS para a subsistência do Autor e de sua família não está previsto no referido dispositivo legal, que enumera expressamente as hipóteses em que ele é possível.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): O art. 20 da Lei n. 8.036/1990, tido como violado, tem a seguinte redação:

“Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

I – despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior; (*incluído pela Medida Provisória n. 2.075-37, de 22.3.2001*).

II – extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, ou, ainda, falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão de contrato de trabalho,

comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado;

III – aposentadoria concedida pela Previdência Social;

IV – falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento;

V – pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), desde que:

a) o mutuário conte com o mínimo de três anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa, ou em empresas diferentes;

b) o valor bloqueado seja utilizado, no mínimo, durante o prazo de doze meses;

c) o valor do abatimento atinja, no máximo, 80 (oitenta) por cento do montante da prestação;

VI – liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Curador, dentre elas a de que o financiamento seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de dois anos para cada movimentação;

VII – pagamento total ou parcial do preço da aquisição de moradia própria, observadas as seguintes condições:

a) o mutuário deverá contar com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou empresas diferentes;

b) seja a operação financiável nas condições vigentes para o SFH;

VIII – quando o trabalhador permanecer 3 (três) anos ininterruptos, a partir de 1º de junho de 1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta; *(redação dada pela Lei n. 8.678/1993, de 13.7.1993)*.

IX – extinção normal do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974;

X – suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 (noventa) dias, comprovada por declaração do sindicato representativo da categoria profissional;

XI – quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna. *(incluído pela Lei n. 8.922, de 25.7.1994)*.

XII – aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei n. 6.385, de 7.12.1976, permitida a utilização máxima de 50% (cinquenta por cento) do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na data em que exercer a opção. *(incluído pela Lei n. 9.491, de 9.9.1997)*.

§ 1º. A regulamentação das situações previstas nos incisos I e II assegurará que a retirada a que faz jus o trabalhador corresponda aos depósitos efetuados na conta vinculada durante o período de vigência do último contrato de trabalho, acrescida de juros e atualização monetária, deduzidos os saques.

§ 2º. O Conselho Curador disciplinará o disposto no inciso V, visando a beneficiar os trabalhadores de baixa renda e a preservar o equilíbrio financeiro do FGTS.

§ 3º. O direito de adquirir moradia com recursos do FGTS, pelo trabalhador, só poderá ser exercido para um único imóvel.

§ 4º. O imóvel objeto de utilização do FGTS somente poderá ser objeto de outra transação com recursos do Fundo, na forma que vier a ser regulamentada pelo Conselho Curador.

§ 5º. O pagamento da retirada após o período previsto em regulamento, implicará atualização monetária dos valores devidos.

§ 6º. Os recursos aplicados em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, referidos no inciso XII, serão destinados, nas condições aprovadas pelo CND, a aquisições de valores mobiliários, no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, de que trata a Lei n. 9.491, de 1997, e de programas estaduais de desestatização, desde que, em ambos os casos, tais destinações sejam aprovadas pelo CND. *(incluído pela Lei n. 9.491, de 9.9.1997) e (redação dada pela Lei n. 9.635, de 29.4.1998)*.

§ 7º. Ressalvadas as alienações decorrentes das hipóteses de que trata o § 8º, os valores mobiliários a que se refere o parágrafo anterior só poderão ser integralmente vendidos, pelos respectivos Fundos, seis meses após sua aquisição, podendo ser alienada em prazo inferior parcela equivalente a 10% (dez por cento) do valor adquirido, autorizada a livre aplicação do produto dessa alienação, nos termos da Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976. *(incluído pela Lei n. 9.491, de 9.9.1997)* e *(redação dada pela Lei n. 9.635, de 29.4.1998)*.

§ 8º. As aplicações em Fundos Mútuos de Privatização são nominativas impenhoráveis e, salvo as hipóteses previstas nos incisos I a IV e VI a XI deste artigo e o disposto na Lei n. 7.670, de 8.9.1988, indisponíveis por seus titulares. *(incluído pela Lei n. 9.491, de 9.9.1997)*.

§ 9º. Decorrido o prazo mínimo de doze meses, contados da efetiva transferência das quotas para os Fundos Mútuos de Privatização, os titulares poderão optar pelo retorno para sua conta vinculada no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. *(incluído pela Lei n. 9.491, de 9.9.1997)*.

§ 10. A cada período de seis meses, os titulares das aplicações em Fundos Mútuos de Privatização poderão transferi-las para outro fundo de mesma natureza. *(incluído pela Lei n. 9.491, de 9.9.1997)*.

§ 11. O montante das aplicações de que trata o § 6º deste artigo ficará limitado ao valor dos créditos contra o Tesouro Nacional de que seja titular o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. *(incluído pela Lei n. 9.491, de 9.9.1997)*.

§ 12. Desde que preservada a participação individual dos quotistas, será permitida a constituição de clubes de investimento, visando a aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização. *(incluído pela Lei n. 9.491, de 9.9.1997)*.

§ 13. A garantia a que alude o § 4º do art. 13 desta lei não compreende as aplicações a que se refere o inciso XII deste artigo. *(incluído pela Lei n. 9.491, de 9.9.1997)*.

§ 14. O Imposto de Renda incidirá exclusivamente sobre os ganhos dos Fundos Mútuos de Privatização que excederem a remuneração das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, no mesmo período. *(incluído pela Lei n. 9.491, de 9.9.1997)*.

§ 15. Os recursos automaticamente transferidos da conta do titular no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço em razão da aquisição de

ações não afetarão a base de cálculo da multa rescisória de que tratam os §§ 1^a e 2^a do art. 18 desta lei. (*incluído pela Lei n. 9.491, de 9.9.1997*).

§ 16. Os clubes de investimento a que se refere o § 12 poderão resgatar, durante os seis primeiros meses da sua constituição, parcela equivalente a 5% (cinco por cento) das cotas adquiridas, para atendimento de seus desembolsos, autorizada a livre aplicação do produto dessa venda, nos termos da Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976. (*incluído pela Lei n. 9.635, de 29.4.1998*).

§ 17. Fica vedada a movimentação da conta vinculada do FGTS nas modalidades previstas nos incisos V, VI e VII deste artigo, nas operações firmadas, a partir de 25 de junho de 1998, no caso em que o adquirente já seja proprietário ou promitente-comprador de imóvel localizado no Município onde resida, bem como no caso em que o adquirente já detenha, em qualquer parte do País, pelo menos um financiamento nas condições do SFH. (*incluído pela Medida Provisória n. 2.075-37, de 22.3.2001*).

§ 18. É indispensável o comparecimento pessoal do titular da conta vinculada para o pagamento da retirada nas hipóteses previstas nos incisos I, II, III, VIII, IX e X deste artigo, salvo em caso de grave moléstia comprovada por perícia médica, quando será paga a procurador especialmente constituído para esse fim.” (*incluído pela Medida Provisória n. 2.075-37, de 22.3.2001*).

O acórdão recorrido houve por bem julgar procedente pedido de liberação dos saldos das contas para fins de subsistência do Autor e de sua família, deixando de aplicar a legislação infraconstitucional em virtude de diversos princípios constitucionais que prestigiam o bem-estar, a justiça social e a proteção especial do Estado à família e levando em consideração que a pretensão tem fundamento semelhante ao adotado pelo legislador ao permitir o levantamento na hipótese de desemprego, pelo decurso do tempo.

De fato, entendo que, a princípio, até seria justo que se permitisse a liberação dos depósitos do FGTS em situações semelhantes à presente, já que tais verbas constituem patrimônio do trabalhador.

Entretanto, não cabe ao julgador fazer justiça senão a “justiça legal” e a legislação que rege a matéria não permite a movimentação da conta vinculada para fins de sobrevivência. Assim quis o legislador e, me parece, por

uma razão muito óbvia, a de que o levantamento em tais circunstâncias causaria um volumoso desfalque no Fundo, prejudicando todo o sistema que envolve a aplicação de tais recursos, como o financiamento da casa própria por exemplo.

Desta forma, entendo que tem razão a Recorrente ao apontar violação ao art. 20 da Lei n. 8.036/1990.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 273.558 – RJ

(Registro n. 2000.0084343-1)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Patrícia Izabel Torres Monteiro e outros

Recorrido: Night Club Cow Boy Ltda

EMENTA: Recurso especial – Processo Civil – Execução fiscal ajuizada com valor inferior a 1.000 Ufirs – Determinado o arquivamento – Alegação de que contra o devedor existem outros débitos que, somados, ultrapassam o montante de 1.000 Ufirs – Matéria agitada na apelação e em embargos de declaração opostos – Ausência de decisão – Pretendida afronta ao art. 535 do CPC – Ocorrência – Recurso especial provido para que a Corte de origem se pronuncie acerca do tema discutido nos embargos.

– A recorrente repisou na matéria agitada na apelação referente à consolidação de todos os débitos do executado (fl. 19) e sustentou que “contra o mesmo devedor existem outros débitos que, somados, ultrapassam o valor de 1.000 Ufirs” (fl. 45). O Tribunal Regional Federal, ao se pronunciar sobre o pleito deduzido, reproduziu a ementa inserta na apelação e assentou a premissa de que incorrente omissão ou qualquer outra pecha, ressaltando, também, que “por conter pretensão de índole eminentemente infringente e por não ser compatível com a decisão atacada, não merecem prosperar os embargos” (fl. 50).

– Diante desse desfecho, verifica-se a desarmonia entre a pretensão da embargante e a solução dada aos embargos declaratórios,

de maneira a configurar a vulneração ao artigo 535 do estatuto processual civil, razão porque os autos devem retornar ao colendo Tribunal a quo para que haja um novo pronunciamento acerca da matéria deduzida.

– Recurso especial conhecido e provido, para determinar a remessa dos autos à Corte de origem para exame da matéria discutida nos embargos de declaração.

– Decisão por unanimidade de votos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 6 de novembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 18.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial ajuizado pela União Federal, com fundamento no artigo 105, inciso III, letra a, da Carta Política, tendo por objeto a anulação de v. acórdão do colendo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ou a reforma integral do **decisum** com o conseqüente prosseguimento de execução fiscal levada a efeito pela Recorrente.

Argumenta, em apertada síntese, que ajuizou execução fiscal em decorrência de dívida oriunda de cobrança de imposto. Entretanto, o douto Juízo de 1ª instância decidiu pelo arquivamento da ação “por ser o valor inferior a 1.000 (hum mil) Ufirs (fl. 6). Essa determinação foi reafirmada posteriormente pelo digno magistrado com suporte na “Instrução Normativa AGU n. 3, de 25.6.1997” (fl. 14), oportunidade em que a execução fiscal foi julgada extinta, sem apreciação do mérito (fls. 14/15).

Ao reexame necessário somou-se o apelo da Fazenda Nacional, questionando a extinção da execução por se tratar de valor irrisório.

A Corte de origem houve por bem prover em parte os recursos oficial e voluntário, com fundamento na Medida Provisória n. 1.699-40/1998, tão-só para que a execução fiscal fosse arquivada “sem baixa na distribuição” (fl. 37).

Sobrevieram embargos de declaração, os quais não foram acolhidos pelo egrégio Tribunal Federal, sob o fundamento de que a pretensão deduzida voltava-se em atribuir efeito infringente ao julgado (fl. 52).

Com lastro nesses fatos, adveio o presente recurso especial pautado na vulneração ao artigo 535, incisos I e II, do estatuto processual civil.

A egrégia Vice-Presidência da Corte Regional Federal, ao efetivar o juízo de admissibilidade, determinou a subida do presente especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Emerge dos autos que a Corte de origem, ao apreciar os recursos oficial e voluntário, acolheu, em parte, a pretensão recursal, ancorada nos fundamentos resumidos por meio da seguinte ementa:

“Processual. Tributário. Execução de valor inferior a mil Unidades Fiscais de Referência. Medida Provisória n. 1.699-40/1998. Arquivamento.

Valor abrangido pela Medida Provisória n. 1.699-40, de 28.9.1998, a qual dispõe sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados e no artigo 20 possibilita o arquivamento do presente feito” (fl. 40).

Em vista desse desfecho, a Recorrente opôs embargos de declaração, com o fito de prequestionar o tema a ter aberta a via do especial. Repisou na matéria agitada na apelação referente à consolidação de todos os débitos do Executado (fl. 19) e sustentou que “contra o mesmo devedor existem outros débitos que, somados, ultrapassam o valor de 1.000 Ufirs” (fl. 45), de modo que o v. julgado hostilizado, ao dirimir a controvérsia, teria incorrido em omissão, obscuridade e contradição.

O Tribunal Regional Federal, ao se pronunciar sobre o pleito deduzido, reproduziu a ementa inserta na apelação e assentou a premissa de que

inocorrente omissão ou qualquer outra pecha, ressaltando, também, que “por conter pretensão de índole eminentemente infringente e por não ser compatível com a decisão atacada, não merecem prosperar os embargos” (fl. 50).

À evidência, verificada está a desarmonia entre a pretensão da parte-embargante e a solução dada aos embargos declaratórios, de maneira a configurar a vulneração ao artigo 535 do estatuto processual civil, razão porque os autos devem retornar ao colendo Tribunal **a quo** para que haja um novo pronunciamento acerca da matéria deduzida.

Em verdade, a questão ventilada na apelação, bem como nos embargos de declaração, não foi objeto de pronunciamento da Corte de origem, circunstância que obstará a apreciação da matéria por este Sodalício, em vista da ausência de decisão acerca da hipótese de que as execuções movidas contra o mesmo devedor ultrapassam o total de 1.000 Ufirs.

Frise-se, por oportuno, que, embora percuientemente analisadas as demais matérias levadas à Corte de origem, o mesmo não ocorreu acerca do tema objeto dos embargos declaratórios.

Pelo que precede, o recurso especial merece ser conhecido e provido para que a Corte de origem se pronuncie acerca da matéria ventilada pela Recorrente nos embargos de declaração.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 282.232 – SP

(Registro n. 2000.0104145-2)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradores: Mônica de Melo e outros
Recorrido: Porto Real Veículos Ltda
Advogados: Pablo Arruda Araldi e outros
Sustentação oral: Pablo Arruda Araldi (pelo recorrido)

EMENTA: Processo Civil – ICMS – Creditamento do imposto pago “a maior” pelo substituto tributário.

1. Esta Corte consagrou o entendimento da pertinência do uso do mandado de segurança para efeito de examinar a legalidade da sistemática do recolhimento do ICMS antecipado (RMS n. 9.677-MS).
2. Sem envolvimento com valores, procura-se a declaração da tese jurídica que vem ao encontro do interesse da empresa.
3. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto, Laurita Vaz, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 9 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora.

Publicado no DJ de 18.2.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do TJSP, que assegurou à empresa, Porto Real Veículos Ltda, o aproveitamento dos créditos no regime de substituição tributária, relativos ao recolhimento “a maior” do ICMS pelo substituto, conforme o disposto no art. 100, § 7º, da CF/1988 e legislação estadual, sem as restrições previstas no Decreto n. 41.653/1997.

Inconformada, alega a Fazenda do Estado de São Paulo, com base na alínea a do permissivo constitucional, que foram violados os arts. 1º e 18 da Lei n. 1.533/1951.

De referência ao art. 1º da Lei n. 1.533/1951, aduz a Recorrente ser inadequada a via eleita pela falta de evidência de direito líquido e certo, tendo em vista que a compensação ou creditamento pretendido depende de dilação probatória, não tendo sido apontadas operações concretas ou o recolhimento “a maior” do imposto.

Relativamente ao art. 18 da Lei n. 1.533/1951, pugna pela caducidade

do mandado de segurança e invoca as Súmulas n. 269 e 271-STF, para afastar os efeitos patrimoniais pretéritos.

Apresentadas as contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Prequestionados os dispositivos legais, passo ao exame do recurso.

Este Tribunal já consagrou o entendimento de que a discussão em torno do direito ao creditamento do ICMS pago “a maior” e antecipadamente pelo substituto tributário pode ser examinado pela via do mandado de segurança.

Neste sentido o precedente da Primeira Seção, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros:

“Tributário. ICMS. Substituição tributária. Fato gerador presumido. Venda efetivada mediante preço menor que o valor estabelecido na pauta fiscal. Direito à compensação.

– É lícito ao contribuinte substituído efetuar compensação do tributo recolhido a maior, em adiantamento, pelo substituto, quando à venda geratriz do tributo tenha correspondido preço inferior àquele previsto na pauta fiscal.” (RMS n. 9.677-MS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, unânime, DJ de 23.4.2001).

Observe-se que não se discute valores e sim a tese jurídica da sistemática de antecipação do ICMS pago pelo substituto tributário, o que não encontra óbice na ação de segurança.

Assim, nego provimento ao recurso.

É o voto.

