

Jurisprudência da Primeira Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 393.719 — SP (2001/0078430-4)**

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Agravante: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo — Sabesp

Advogados: Osmar Mendes Paixão Cortes e outros

Agravados: Guaracatuba Imóveis Próprios Ltda e outros .

Advogados: José Assao e outro

EMENTA

Agravo Regimental — Prequestionamento — Súmulas ns. 282/STF e 211/STJ.

1. Não se reconhece prequestionamento, se o recorrente não demonstrou em que ponto o Tribunal **a quo** teria maltratado a lei. Mesmo porque, prequestionamento, efetivamente, não existiu. As Súmulas ns. 282/STF e 211/STJ são totalmente aplicáveis ao caso.

2. O art. 976 do CC aplica-se à consignação em pagamento e não no processo executório. São situações totalmente diversas: numa o devedor impinge o pagamento ao credor, noutra o exequente-credor força o executado-devedor ao adimplemento duma obrigação, constante de título judicial ou extrajudicial. Assim, o art. 976 do CC não incide em depósito ocorrido em execução.

3. Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 25 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O Regimental desafia negativa de seguimento a agravo para subida de recurso especial.

A decisão agravada fincou-se em ausência de prequestionamento. Aplicou as Súmulas ns. 282/STF e 211/STJ.

O recurso sustenta a ocorrência de prequestionamento implícito do art. 976 do CC.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Admite-se o prequestionamento implícito. No entanto, a agravante, apesar de sustentá-lo, não demonstrou em que ponto o Tribunal **a quo** teria decidido sobre a questão. Mesmo porque, prequestionamento, efetivamente, não existiu. As Súmulas ns. 282/STF e 211/STJ são totalmente aplicáveis ao caso.

Nego provimento.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 434.218 — SC (2002/0053816-0)**

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Milene Goulart Valadares e outros

Agravada: Karsten S/A

Advogados: Júlio César Krepsky e outros

EMENTA

Agravo regimental. Contribuição previdenciária. Inconstitucionalidade do art. 21 da Lei n. 7.787/1989. Princípio da anterioridade nonagesimal, desrespeitado. Termo inicial para pleitear a devolução do indébito a partir do trânsito em julgado do acórdão referente ao RE n. 169.740/PR, em 19.12.1995. Decadência/prescrição, incorrentes.

— O termo inicial do prazo prescricional conta-se a partir da data em que foi declarada inconstitucional a lei em que se fundou a exação. Precedentes.

— Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

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

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ de 02.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O agravo regimental desafia decisão que deu provimento a recurso especial para afastar a prescrição, visto que o STJ entende que o prazo prescricional para pleitear a repetição de indébito tributário declarado inconstitucional, inicia a partir da data em que foi declarada a inconstitucionalidade da exação.

O agravante diz que a decisão do STF, no julgamento do RE n. 169.740/PR, foi proferida em sede de controle difuso, só produzindo efeitos entre as partes, não se aplicando ao caso.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): A questão relativa à prescrição e decadência, na hipótese configurada nos autos, já é conhecida da Primeira Seção.

No julgamento recente do REsp n. 422.683/DF, o eminente Relator, Ministro José Delgado, aborda o tema com a propriedade que lhe é peculiar. Vejamos:

“Tributário. Contribuição previdenciária. Arts. 3^a, I, da Lei n. 7.787/1989, e 22, I, da Lei n. 8.212/1991. Inconstitucionalidades declaradas pelo

Supremo Tribunal Federal. Compensação. Prescrição. Decadência. Termo inicial do prazo. Honorários advocatícios.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o prazo prescricional inicia-se a partir da data em que foi declarada inconstitucional a lei na qual se fundou a exação (REsp n. 69.233/RN, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha; REsp n. 68.292-4/SC, Relator Ministro Pádua Ribeiro; REsp n. 75.006/PR, Relator Ministro Pádua Ribeiro).

2. Omissis...

3. No RE n. 169.740-7/PR, julgado em 27.09.1995, aquela distinta Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei n. 7.787/1989 (“Art. 21 - Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação, produzindo efeitos, quanto à majoração de alíquota, a partir de 1ª de setembro de 1989”), em face de desrespeito ao princípio da anterioridade nonagesimal, publicado no DJ de 17.11.1995.

4. ...Omissis...

5. ...Omissis...

6. ...Omissis...

7. Recurso provido.”

Na hipótese aqui considerada, o tributo cuja devolução é pleiteada corresponde à competência de setembro/1989, abrangido, pois, na inconstitucionalidade decretada pelo STF, do art. 21 da Lei n. 7.787/1989.

Portanto, a questão da decadência e da prescrição, aqui discutida, enquadra-se na jurisprudência da Primeira Seção, a dizer que o prazo prescricional tem início na data da declaração de inconstitucionalidade da lei em que se fundamentou a exação.

A este respeito, confirmam-se, os seguintes precedentes: REsp n. 413.773/Delgado; REsp n. 436.751/Fux e 391.033/Franciulli.

Diante de tais circunstâncias, nego provimento ao agravo regimental.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL
N. 502.669 — RS (2003/0023745-8)

Relator: Ministro José Delgado

Embargante: Fundação Nacional de Saúde — FNS

Representada por: Advocacia-Geral da União

Embargado: Luiz Marcelo de Assis Espinosa

Advogado: Valdir Boniatti

Embargado: Município de Butiá

Advogado: Irani Martins de Medeiros

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração. Inocorrência de irregularidades no acórdão. Exame de dispositivos constitucionais. Impossibilidade.

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

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

3. Não há amparo jurídico para, em sede de recurso especial, ser alcançada definição sobre ofensa ou não aos arts. 2º, c.c. o 62, da CF/1988.

4. É sabido que, no curso de recurso especial, não há lugar para se discutir, com carga decisória, preceitos constitucionais. Ao STJ compete, exclusivamente, unificar o direito ordinário federal, em consequência de determinação contida na Magna Carta de 1988.

5. Em sede de recurso extraordinário é que se desenvolve a interpretação e a aplicação de princípios constantes no nosso Diploma Maior. A relevância de tais questões ficou reservada, unicamente, para a competência do colendo STF.

6. O sistema de distribuição de competência recursal inserido em nosso ordenamento jurídico, pela novel Carta Política, não pode ser rompido. Do mesmo modo que o colendo STF, em sede de recurso extraordinário, não se pronuncia sobre a violação ou negação de vigência de norma infraconstitucional, igual procedimento é adotado pelo STJ quando se depara com fundamentos constitucionais no curso do recurso especial.

7. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 05 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 13.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Trata-se de embargos de declaração interpostos contra decisão que negou provimento ao recurso especial da embargante, cuja ementa espelhou:

“Processual Civil. Interposição de recurso por terceiro que não foi parte na ação. Falta de interesse jurídico para recorrer. Supressão de instância.

1. Quem não é parte na ação não possui interesse jurídico para recorrer, não sendo cabível, por conseguinte, acolher-se recurso por ela interposto.

2. Em havendo interesse na demanda, caberá à parte deduzi-lo na ação, perante o Juízo originário.

3. Ao se acolher recurso ofertado por quem não foi parte na lide haveria supressão de instância, visto que a referida parte poderia intervir no feito no Juízo **a quo**, e fazer prova de seu possível prejuízo com o resultado do julgamento.

4. Recurso não provido.”

Alega-se, em síntese, que:

a) o Especial a que se negou provimento denunciava afronta aos arts. 499 do CPC, e 5^a, parágrafo único, da Lei n. 9.469/1997, que inaugurava nova forma de intervenção das pessoas jurídicas de direito público, com a conseqüente alteração da competência;

b) não obstante a literalidade dos dispositivos, a decisão embargada cinge-se em reiterar os termos do acórdão regional, não tecendo comentários sobre os motivos que induzem à não-aplicação das normas em comento;

c) por meio dos presentes embargos requer o pronunciamento acerca da possibilidade de ofensa aos arts. 2^a, c.c. o 62, da CF/1988, uma vez que, negando o Judiciário, que não dispõe de função legislativa, vigência à Lei n. 9.469/1997, sem declará-la inconstitucional, estaria usurpando a competência conferida ao Legislativo para edição de leis com a forma de imperativa observância que lhes caracterizam.

Requer, por fim, o acolhimento dos aclaratórios para examinar a questão posta.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): No v. acórdão embargado não se encontram quaisquer vícios que ensejem sua retificação. Mantenho-o pelos fundamentos nele esposados.

Não visualizo, no que atine à irresignação da parte embargante, qualquer novidade em seus embargos a modificar os fundamentos já desenvolvidos.

Conforme destacado no decisório impugnado, “quem não é parte na ação não possui interesse jurídico para recorrer, não sendo cabível, por conseguinte, acolher-se recurso por ela interposto”, e “em havendo interesse na demanda, caberá à parte deduzi-lo na ação, perante o Juízo originário”.

Ademais, restou deveras esclarecido que “ao se acolher recurso ofertado por quem não foi parte na lide haveria supressão de instância, visto que a referida parte poderia intervir no feito no Juízo **a quo**, e fazer prova de seu possível prejuízo com o resultado do julgamento”.

Os embargos declaratórios são admissíveis apenas nas hipóteses previstas pelos arts. 535, I e II, c.c. a parte final do art. 536 do CPC, que tratam dos pressupostos de sua admissibilidade, os quais dispõem:

“Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, dúvida ou contradição.

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

“Art. 536. Os embargos serão opostos, no prazo de cinco dias, em petição dirigida ao Juiz ou Relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissivo, não estando sujeitos a preparo.”

Os aclaratórios somente são cabíveis, pois, quando “houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, dúvida ou contradição”. Não é o que se constata. O v. aresto atacado enfrentou as questões suscitadas ao longo da instrução, tudo em perfeita consonância com os ditames da legislação.

Os fundamentos, nos quais se suporta a decisão embargada, apresentam-se claros e nítidos. Não dão lugar, portanto, a omissões, obscuridades, dúvidas ou contradições; daí não ser cabível a interposição destes embargos declaratórios.

Não se configura, portanto, a irregularidade indicada. Basta, para tanto, verificar, com uma simples e rápida leitura do voto, que a matéria tratada nos autos encontra-se devidamente fundamentada e motivada, com menção aos fatos, legislação e jurisprudência sobre o tema. O não-acatamento das argumentações contidas no recurso não implica cerceamento de defesa, posto que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide.

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

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

Não há amparo jurídico para, em sede de recurso especial, ser alcançada definição sobre ofensa ou não aos arts. 2º, c.c. o 62 da CF/1988.

É sabido que, no curso de recurso especial, não pode haver pronunciamento, com carga decisória, de interpretação e aplicação de preceito constitucional. Ao STJ compete, por meio de tal apelo extremo, exclusivamente, unificar o direito ordinário federal, em consequência de determinação da Carta Magna.

Em sede de recurso extraordinário é que se desenvolve a interpretação e a aplicação de princípios constantes no nosso Diploma Maior. A relevância de tais questões ficou reservada, unicamente, ao colendo Supremo Tribunal Federal.

O sistema de distribuição de competência recursal inserido em nosso ordenamento jurídico, pela Carta Maior, não pode ser rompido. Do mesmo modo que o colendo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, não se pronuncia sobre a violação ou negação de vigência de norma infraconstitucional, igual procedimento é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça quando se depara com fundamentos constitucionais no curso do recurso especial.

Posto isto, rejeito os embargos.

É como voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 15.178 — DF (2002/0096229-5)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos de Serviços de Saúde de Brasília — DF

Advogados: Claudismar Zupiroli e outros

T. origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Impetrados: Secretário de Fazenda do Distrito Federal, Presidente da Fundação Hospitalar do Distrito Federal, Diretor de Recursos Humanos da Fundação Hospitalar do Distrito Federal e Chefe da SCF do Departamento de Pessoal da Diretoria de Recursos Humanos da Fundação Hospitalar do Distrito Federal

Recorrido: Distrito Federal

Procuradores: René Rocha Filho e outros

EMENTA

I - Processual — Recurso — Erro na denominação — Aproveitamento.
II - Administrativo — Contribuição sindical — Natureza — Titularidade — Retenção pelo Estado — Empregador — Ilícitude. III - Administrativo — Distrito Federal — “Custo operacional”.

I - O engano na denominação de ato processual não lhe altera a substância. Bem por isso, não se deve negar conhecimento ao apelo, em

função do nome que o recorrente lhe emprestou. Se, embora sob denominação equivocada, o recurso tem como destinatário o órgão competente para conhecer do recurso cabível, e satisfaz todos os requisitos de admissibilidade não há como desconhecê-lo.

II - A contribuição sindical retirada do salário do servidor público, não constitui parcela devida pela Administração ao sindicato, mas contribuição feita pelo trabalhador, diretamente à entidade a que se filiou. Assim, a parcela retida no pagamento do salário, incorpora-se automaticamente ao patrimônio do sindicato e deve ser imediatamente repassada a ele. Quando afirma que paga o “valor líquido” do vencimento devido ao servidor, a Administração está dizendo que reteve de tal remuneração, parcela que não lhe pertence, mas a terceiro (o Sindicato). Deixando de transferir, sem demora, a parcela descontada ao patrimônio de seu dono, a Administração está praticando apropriação indébita — ato ilícito, agressor de direito líquido e certo do sindicato.

III - Não é lícita a cobrança de “custo operacional” na retenção da “contribuição mensal em favor de entidades sindicais na forma do Art. 8º, inciso IV da Constituição Federal”. O art. 3º do Decreto n. 21.557/2000 veda tal retenção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 13 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ de 16.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O sindicato ora recorrente pediu mandado de segurança contra ato que atribui ao Senhor Secretário de Fazenda do Distrito Federal. Queixa-se de atraso no repasse de contribuições sindicais devidas a

ele por empregados da Fundação Hospitalar do Distrito Federal. Reclama, também de que a que lhe é cobrada, a título de “despesa operacional”, quantia correspondente a uma Ufir, em relação a cada lançamento.

O Secretário de Estado informou que o atraso decorre de a União Federal — constitucionalmente obrigada a pagar os trabalhadores em atividades ligadas à saúde pública, vinculados ao Distrito Federal — parcelar a entrega das verbas destinadas à efetivação de tais pagamentos. Como o dinheiro relativo a cada parcela liberada pela União Federal não cobre toda a despesa, prioriza-se o pagamento de salários, postergando-se para outra data o repasse das contribuições ao Sindicato.

No que se refere à despesa operacional, a cobrança é devida, por força do que determina o Decreto n. 20.941/1999.

A Fundação Hospitalar informou que se limita a emitir faturas e ordens bancárias, ao tempo em que à Secretaria de Fazenda cabe o encargo de repassar as verbas.

O egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, julgando originariamente o pedido, negou a ordem, porque:

a) o atraso no repasse dos descontos resulta de serem insuficientes os repasses de dinheiro efetuados pela União Federal. Diante de tal insuficiência, o Distrito Federal adianta, com verbas suas, o pagamento do valor líquido dos salários e aguarda a complementação da verba, para entregar ao impetrante, o numerário correspondente à contribuição sindical;

b) a cobrança da “despesa operacional” tem amparo em ato normativo.

O Sindicato interpôs recursos ordinário e extraordinário.

No recurso ordinário, o Recorrente apresenta tabela, registrando que não há atrasos nos repasses feitos pela União Federal. No que se refere à cobrança da despesa operacional, o apelo finca-se na tese de que o decreto não permite a cobrança, quando o desconto se referir a consignação compulsória, definida em seu art. 3º, como “o desconto incidente sobre a remuneração do servidor efetuado por força de lei ou mandado judicial.”

O Ministério Público Federal, em parecer lançado pelo eminente Subprocurador-Geral da República Moacir G. Morais Filho, suscita preliminar de não-conhecimento, porque o recurso especial é manifestamente impróprio para desafiar acórdão denegatório de mandado de segurança, em processo originário de Tribunal de Justiça.

Superada a preliminar, o parecer indica o provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Não me parece acertada a proposição de não-conhecimento do apelo, em função do nome que o recorrente lhe emprestou. Embora sob denominação equivocada, o recurso tem como destinatário o Superior Tribunal de Justiça — órgão competente para conhecer do recurso ordinário cabível, no caso. Por outro lado, o arrazoado preenche todos os requisitos de admissibilidade do apelo cabível.

Conheço do recurso.

No que se refere ao mérito, o apelo envolve duas questões distintas: o atraso no recolhimento da contribuição sindical e a cobrança da “despesa operacional”.

O exame do tema relativo ao atraso deve partir de uma premissa: a contribuição sindical retirada do salário, não constitui parcela devida pela Administração ao sindicato, mas contribuição feita pelo trabalhador, diretamente à entidade a que se filiou. Assim, a parcela retida pela Administração, ao fazer o pagamento do salário, incorpora-se automaticamente ao patrimônio do sindicato e deve ser imediatamente repassada a ele. Quando afirma que paga o “valor líquido” do vencimento devido ao servidor, a Administração está dizendo que reteve de tal remuneração parcela que não lhe pertence, mas a terceiro (o Sindicato). Quando deixa de transferir, imediatamente, a parcela descontada ao patrimônio de seu dono, a Administração está praticando apropriação indébita — ato ilícito, agressor de direito líquido e certo do sindicato.

No que se refere ao custo operacional, observo que o art. 3º do Decreto n. 21.557/2000 é muito claro ao livrar da cobrança, a “contribuição mensal em favor de entidades sindicais na forma do art. 8º, inciso IV, da Constituição Federal”

Concedo parcialmente a segurança, para determinar que o numerário descontado da remuneração dos servidores, a título de contribuição sindical devida ao sindicato impetrante, seja imediatamente repassado a este, sem cobrança de custo operacional.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 16.033 — MG (2003/0027683-9)**

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Constropi — Construção, Topografia e Imobiliária Ltda

Advogado: Denilson Marcondes Venâncio

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Impetrado: Juízo de Direito de Cambuí — MG
Recorrida: Buck Alimentos e Serviços Ltda
Advogados: Carlos Victor Muzzi Filho e outros
Interessado: Município de Cambuí

EMENTA

Administrativo. Processual Civil. Mandado de segurança. Litisconsórcio necessário.

1. É nula a sentença proferida em processo que exige a presença de litisconsorte necessário, sem que tal tenha sido autorizado.
2. Decadência alegada em primeiro grau há de ser examinada nesta instância. Impossibilidade de ser reconhecida em mandado de segurança impetrado em segundo grau.
3. O princípio da hierarquia das instâncias há de ser respeitado, sob pena de usurpação de competência.
4. Recurso ordinário conhecido, porém, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 04 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 13.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Examina-se recurso ordinário em mandado de segurança, cuja parte recorrente é a empresa Constropi — Construção, Topografia e Imobiliária Ltda.

A recorrente, originariamente, impetrou mandado de segurança que, ao ser julgado, recebeu a seguinte decisão (fls. 316/317):

“Ouvi atentamente a sustentação oral do Dr. Denilson Marcondes Venâncio e entendi perfeitamente a dúvida que assaltou S. Ex^a. Assim, farei um voto verbal neste mandado de segurança ao invés de entendê-lo desnecessário, em face do julgamento havido na Apelação n. 258.101-5/2000, em conexão.

A Constropi — Construção, Topografia e Imobiliária Ltda — ajuizou o presente mandado de segurança, insurgindo-se contra a decisão proferida em mandado de segurança anteriormente impetrado pela Buck Alimentos e Serviços Ltda, ao entendimento de que, tendo ela sido vencedora da Licitação n. 009/1999, não poderia a segurança requerida por Buck Alimentos e Serviços Ltda lograr êxito, com efetivo prejuízo à Constropi, litisconsorte necessária naquela segurança e que, por equívoco, deixou de ser citada.

Nesta assentada de julgamento, examinei a Apelação n. 258.101-5, em que era apelada Buck Alimentos e Serviços Ltda, e concluí pela cassação da respeitável sentença, porque deixara de fazer integrar à lide, a ora impetrante, Constropi.

Da tribuna, entende o ilustre patrono desta empresa que a simples cassação da decisão não atende de maneira total o pedido formulado pela impetrante, uma vez que isso daria ensejo ao andamento à ação, com a citação da Constropi.

Embora entenda judiciosa a fundamentação por ele declinada, para insurgir-se contra a mera cassação da sentença, entendo que a decadência intercorrente da ação mandamental requerida pela Buck Alimentos e Serviços Ltda, é matéria a ser examinada inicialmente pelo Juiz de 1^a grau, sob pena de supressão de um grau de jurisdição e que essa matéria, evidentemente, não foi ainda levada ao conhecimento do Juiz de 1^a instância.

Acredito que isso haverá de ser acolhido, mas, de qualquer maneira, entendo necessária aquela manifestação, sob pena de tal omissão poder gerar nova nulidade, como já aconteceu na segurança impetrada, sem a citação da empresa litisconsorte necessária.

Com essas considerações, acolho em parte o pedido mandamental da Constropi, simplesmente para efeito de cassar a respeitável sentença, como já o fizera na Apelação n. 258.101-5, hoje julgada.”

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral Moacir Guimarães Morais Filho, opina pelo não-conhecimento do recurso e, caso conhecido, pelo seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do recurso. Os pressupostos para a sua interposição estão presentes.

Nego-lhe provimento. Correta está a decisão recorrida.

Há de ser ratificado o pronunciamento do Ministério Público Federal, fls. 355/356, ao afirmar:

“Entende o MPF ser irrepreensível o **decisum** vergastado, uma vez que a apreciação quanto à decadência ou preclusão no MS n. 1.993/2000 implicaria invasão de competência do Juiz de Direito de Cambuí — MG em conhecer da questão, como muito bem concluiu o Desembargador Aloysio Nogueira, Relator nas Câmaras Cíveis Isoladas do TJE/MG, à fl. 317:

‘(...)

Embora entenda judiciosa a fundamentação por ele declinada, para insurgir-se contra a mera cassação da sentença, entendo que a decadência intercorrente da ação mandamental requerida pela Buck Alimentos e Serviços Ltda, é matéria a ser examinada inicialmente pelo Juiz de 1ª grau, sob pena de supressão de um grau de jurisdição e que essa matéria, evidentemente, não foi ainda levada ao conhecimento do Juiz de 1ª instância.

Acredito que isso haverá de ser acolhido, mas, de qualquer maneira, entendo necessária aquela manifestação, sob pena de tal omissão poder gerar nova nulidade, como já aconteceu na segurança impetrada, sem a citação da empresa litisconsorte.

Com essas considerações, acolho em parte o pedido mandamental da Constropi, simplesmente para efeito de cassar a respeitável sentença, como já o fizera na Apelação n. 258.101-5, hoje julgada’.”

A concessão parcial da segurança está em harmonia com o nosso ordenamento jurídico.

A decadência assinalada no mandado de segurança impetrado no 1ª grau deve ser por este examinado, sob pena de supressão de instância.

A cassação da sentença obedece a imperativo principiológico: ela é nula quando não for chamada a integrar a lide litisconsórcio necessário.

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 16.034 — PR (2003/0025303-2)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: BE Eight Indústria e Comércio de Roupas Ltda

Recorrente: Luiz Alberto Dalcanale

Advogados: Artur Pereira Alves Júnior e outros

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Impetrado: Procurador-Geral do Estado do Paraná

Recorrido: Estado do Paraná

Procuradores: Márcia Dieguez Leuzinger e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso ordinário. Mandado de segurança. Extinção. Artigo 6º, do CPC. Ilegitimidade ativa **ad causam**.

I - Os recorrentes participaram de negócio jurídico bilateral consistente na cessão pelo primeiro recorrente de créditos de precatório alimentar à empresa recorrente.

II - Com a transferência do crédito, transmitiu-se também a titularidade na relação jurídica que o cedente mantinha com o Estado do Paraná, investindo-se, a cessionária, em todos os direitos inerentes ao crédito cedido.

III - Com efeito, o primeiro recorrente é, de fato, parte ilegítima para impetrar mandado de segurança postulando, em nome próprio, a concessão de ordem para que a cessionária de seus créditos os utilize enfitando a compensação com débitos tributários desta última.

IV - Quanto ao recurso da empresa cessionária, patente a falta de legitimação para recorrer como terceira prejudicada, uma vez que não foi discutido o mérito da controvérsia.

V - Recursos ordinários improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento aos recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos

autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

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

Ministro Luiz Fux, Presidente

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ de 29.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recursos ordinários constitucionais interpostos por Luiz Alberto Dalcanale e BE Eight Indústria e Comércio de Roupas Ltda, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que restou assim ementado, **verbis**:

“Processual Civil. Condições da ação. Mandado de segurança contra ato da Procuradora-Geral do Estado que, em sede administrativa, indeferiu o pagamento, por compensação, de débito tributário de ICMS de duas empresas. Oferta, por estas, de crédito oriundo de precatório que lhe foi cedido. Impetração do cedente para obter, em favor delas, mandamento que imponha a aceitação do crédito pelo Fisco. Iniciativa que implica em postulação em nome próprio de direitos alheios. Art. 6º do CPC. Legitimidade ativa e interesse de agir ausentes. Carência de ação configurada. Reconhecimento de ofício. Extinção do processo, sem julgamento do mérito.

O cedente do crédito não tem legitimidade e interesse de agir para pleitear, em favor da empresa cessionária, mandado de segurança para obter ordem judicial que imponha ao Fisco admitir a compensação do referido crédito, com dívida tributária desta. A resistência à pretensão de pagar por compensação, no contexto, expressou-se na relação tributária existente entre o Estado e a cessionária e não diz respeito ao cedente, ainda que este reserve a intenção de defender a higidez do crédito que cedeu”.

Em seu recurso, a empresa recorrente reportou-se integralmente ao recurso do Sr. Luiz Alberto Dalcanale.

Os recursos decorrem da cessão havida entre o recorrente Luiz Alberto Dalcanale e a recorrente BE Eight Indústria e Comércio de Roupas Ltda, a qual teria recebido do primeiro créditos de precatório alimentar, os quais foram apresentados à Fazenda Pública Estadual para o fim de os compensar com débitos tributários de ICMS.

A Fazenda Pública rejeitou os créditos, uma vez que os bens do cedente estariam indisponíveis em razão do envolvimento deste em processo de liquidação extrajudicial de instituição financeira perante o Banco Central.

Irresignado com esta recusa, o cedente Luiz Alberto impetrou, em nome próprio, mandado de segurança questionando tal ato.

O Tribunal **a quo**, conforme o aresto encimado, entendeu pela ilegitimidade do impetrante Luiz Alberto, porquanto teria postulado em nome próprio direito alheio, de interesse das cessionárias.

Inconformados, cedente e cessionária interpõem os presentes recursos, com as mesmas razões recursais, quais sejam a legitimidade do recorrente Luiz Alberto para a impetração do *writ*, uma vez que se constitui em titular do precatório. Quanto à segunda recorrente, pleiteia a reforma do julgado na qualidade de terceira prejudicada.

Pugnam pela reforma do julgado com o afastamento da preliminar referida. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Não assiste razão aos recorrentes.

Os recorrentes participaram de negócio jurídico bilateral consistente na cessão pelo primeiro recorrente de créditos de precatório alimentar à empresa recorrente.

Com a transferência do crédito, transmitiu-se também a titularidade na relação jurídica que o cedente mantinha com o Estado do Paraná, investindo-se, a cessionária, em todos os direitos inerentes ao crédito cedido.

Com efeito, o primeiro recorrente, Luiz Alberto Dalcanale, é, de fato, parte ilegítima para impetrar mandado de segurança, postulando em nome próprio a concessão de ordem para que a cessionária de seus créditos os utilize para compensar com débitos tributários seus.

O entendimento do Tribunal **a quo** encontra-se em perfeita consonância com o artigo 6º do CPC, que assim dispõe:

“Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

Quanto ao recurso da empresa recorrente, verifico que esta não possui legitimação para recorrer, porquanto não está vinculada ao **mandamus**, uma vez que não foi discutido o mérito da controvérsia, mas tão-somente a preliminar de ilegitimidade em tela.

Sobre o assunto, em face da perfeita adequação à hipótese, transcrevo excerto do parecer do nobre representante do *Parquet*:

“Em continuação, no que tange às razões do segundo recorrente, constata-se que a empresa BE Eight Indústria e Comércio de Roupas Ltda, não possui um dos pressupostos subjetivos indispensáveis para recorrer da decisão que extinguiu o mandado de segurança, ou seja, falta-lhe legitimação para recorrer, consistente no interesse jurídico para manifestar sua irrisignação com o decidido. Com efeito, justifica-se a interposição do recurso com o prejuízo, ou gravame infligido à parte, pela decisão. Assim sendo, apenas o vencido, no todo ou em parte, tem interesse para interpor recurso. Ora, se a empresa cessionária não impetrou o mandado de segurança, não integrava a relação processual original, logo, a decisão ora recorrida não lhe causou dano de qualquer espécie.

Cumprе ressaltar que, o terceiro prejudicado excepciona a regra do interesse para recorrer, materializado pelo nexo de interdependência entre o seu interesse (jurídico) de intervir, e a relação jurídica submetida à apreciação judicial. Entretanto, registre-se que, o interesse meramente econômico, ou moral, não enseja a intervenção.

O professor **Nelson Nery Júnior** conceitua interesse jurídico do terceiro prejudicado da seguinte forma: “Há interesse jurídico do terceiro quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença que vier a ser proferida”.

Por conseguinte, a empresa BE Eight Indústria e Comércio de Roupas Ltda, não representa, a rigor, terceiro prejudicado, pois não se vislumbra o seu interesse jurídico em impugnar a decisão extintiva, que não se refletiu, direta ou indiretamente, na relação que titulariza, como cessionária de crédito junto ao Estado do Paraná. É que, a decisão recorrida não enfrentou o mérito da impetração, não influenciando para constituir, desconstituir ou modificar aquele crédito.”

Tais as razões expendidas, *nego provimento* aos recursos ordinários.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 491.075 — SP (2002/0169939-1)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Companhia Docas do Estado de São Paulo — Codesp

Advogados: Ricardo M. M. Sarmiento e outros

Recorrida: Termomecânica São Paulo S/A

Advogados: Ricardo Malachias Ciconelo e outros

EMENTA

Administrativo. Tributário. Tarifa de armazenagem portuária. Preço público.

1. A jurisprudência do STJ, de forma unânime, está assentada na compreensão de que a Tarifa de Armazenagem Portuária é preço público.

2. Possibilidade, em face dessa natureza jurídica, de ser alterada por via de portaria da autoridade competente.

3. Precedentes: REsp n. 205.470/SP, REsp n. 205.506/SP, REsp n. 157.060/SP, REsp n. 205.178/SP, REsp n. 115.025/SP, REsp n. 114.814/SP, REsp n. 170.990/SP, REsp n. 158.878/SP, REsp n. 178.647/SP

4. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 13.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Em primeiro grau o processo ora analisado foi assim relatado (fls. 84/85):

“Termomecânica São Paulo S/A, qualificada na inicial, impetra o presente mandado de segurança preventivo contra ato do Presidente da Companhia Docas do Estado de São Paulo — Codesp, consistente na exigência do pagamento da taxa de armazenagem calculada na forma prevista pela Portaria n. 10/1992, do Ministério da Infra-Estrutura, revigorada pela Portaria n. 128, de 09.03.1993, do Ministério dos Transportes.

Sustenta que, na condição de importador de mercadorias desembaraçadas no Porto de Santos, está sujeita ao pagamento da Taxa de Armazenagem Interna, na forma do Decreto n. 24.508/1934, do Decreto-Lei n. 8.439/1945, do Decreto n. 46.100/1959 e do Decreto-Lei n. 05/1966.

Contudo, a autoridade impetrada, embasada na Portaria n. 10/1992, do Ministério da Infra-Estrutura, exigirá o recolhimento com base em percentuais variáveis, posto tratar-se de imposto de importação inferior a 50% (cinquenta por cento).

Reputa abusiva a exigência, eis que a portaria ministerial viola a lei e a Constituição Federal, alterando alíquota e base de cálculo da aludida taxa, extravasando os limites da delegação contida no Decreto-Lei n. 05/1966.

Com a Lei n. 8.630/1993 a matéria foi alterada e revogado o Decreto n. 24.508/1934 e legislação complementar. No entanto, até que seja cumprido o artigo 51 da referida lei, fica mantida a estrutura do decreto e legislação, tendo em vista a autorização concedida pela Portaria n. 128 de 09.03.1993, do Ministério dos Transportes. Insurge-se, ainda, a impetrante, contra a cobrança cumulativa e destacada do Imposto sobre Serviços de qualquer natureza (ISS) incidente sobre os serviços de armazenagem remunerados pela referida tarifa.

Sustenta a ilegalidade da cobrança amparada no “Termo de Cooperação” celebrado com a Prefeitura Municipal de Santos, em 24.03.1995, porque contribuinte do imposto (art. 10, Decreto-Lei n. 406/1968) é a prestadora de serviço, somente podendo ser transferida a responsabilidade tributária nos casos expressamente autorizados por lei (art. 121, II, CTN). Indeferida a liminar, requisitaram-se as informações à autoridade coatora.

Requerida a reconsideração da decisão inicial, foi mantido o indeferimento da liminar, mas facultado o depósito, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito, por conta e risco da impetrante.

Prestando as informações, a autoridade coatora sustentou a legalidade do ato, aduzindo que a portaria ministerial conteve-se nos âmbitos da delega-

ção contida no Decreto-Lei n. 05/1966, deferida ao antigo Ministério da Viação e Obras Públicas para fixação dos períodos iniciais e subseqüentes de armazenagem, bem como dos percentuais incidentes. E mais, que não houve a indigitada alteração, já que a base de cálculo permaneceu vinculada ao imposto de importação. Apenas os percentuais foram transmudados de fixos para variáveis. Deixou de se manifestar sobre o pedido relativo ao ISS. Em parecer, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, tendo em vista que a Taxa Portuária é na realidade um preço público e a autoridade administrativa, levando em conta interesses inerentes à área afeta, pode fixar as alíquotas competentes sem ter que respeitar qualquer limitação imposta aos tributos pela CF. Também não se manifestou sobre o pedido referente ao ISS.”

O juiz monocrático julgou improcedente o pedido.

O Tribunal **a quo**, por maioria de votos, concedeu a segurança, conforme ementa que transcrevo (fl. 163):

“Tributário. Taxa de armazenagem portuária. Contraprestacionalidade. Inadequação da base de cálculo. Ação mandamental. Necessidade de prova pré-constituída.

I - Mesmo que se entendesse ser a TAP um preço público, haver-se-ia de reconhecer que esse preço já se transmudou, disfarçadamente, em um imposto, em função da total descaracterização da contraprestacionalidade e da razoabilidade que ela não poderia deixar de ostentar.

II - As taxas são instrumentos inadequados para a consecução de objetivos extrafiscais, no caso, os de política de comércio exterior.

III - A alegação de cobrança cumulativa de ISS não restou comprovada documentalmente nos autos, uma vez que a presença de prova pré-constituída é requisito essencial nas ações mandamentais.

IV - Apelação a que se dá provimento.”

O recurso especial intentado pela Companhia Docas do Estado de São Paulo alega que o acórdão recorrido violou:

- a) os arts. 42 e 82 do DL n. 8.439, de 24.12.1945;
- b) o art. 31 do DL n. 05, de 04.04.1966;
- c) o art. 20 da Lei n. 3.421, de 10.07.1958.

Afirma, ainda, a recorrente que o **decisum** questionado está em aberta divergência com os acórdãos que cita.

Contra-razões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do recurso. Há prequestionamento da matéria jurídica debatida na fase recursal. A divergência está demonstrada.

A discussão central instalada na presente lide está, devidamente descrita, à fl. 03:

“A Impetrante é empresa que se dedica à industrialização e comercialização de metais não-ferrosos, sendo que para o exercício dessa atividade tem necessidade de proceder freqüentemente à importação de matérias-primas e de outros produtos estrangeiros.

Atualmente, está promovendo a importação dos seguintes produtos, transportados por via marítima, com previsão de chegada no Porto de Santos para os próximos dias:

‘2.1. Guia de Importação n. 0427-96/2074-5, de 1ª.02.1996 — aproximadamente 400 toneladas de cátodos de cobre refinado, eletrolítico, em bruto, com pureza mínima de 99,97%, marca “CP” (doc. 5);

Para que possa proceder ao desembaraço aduaneiro dessa mercadoria, a Impetrante será certamente compelida pela digna autoridade coatora a pagar previamente a Taxa de Armazenagem, calculada com base na Portaria n. 10, de 27.01.1992, expedida pelo então Ministério da Infra-Estrutura, cujas disposições foram revigoradas pela Portaria n. 128, de 09.03.1993, do Ministério dos Transportes.”

Ataca-se, como demonstrado, a Portaria n. 10, de 27.01.1992, expedida pelo então Ministério da Infra-Estrutura, que, em 09.03.1993, foi revigorada pela Portaria n. 128, do Ministério dos Transportes.

Dou provimento ao recurso.

A jurisprudência assentada nesta Casa sobre o assunto não favorece o pretendido pela impetrante.

Confira-se o quadro abaixo formado:

a) REsp n. 205.470/SP, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 25.06.2001, p. 156:

“Processual Civil — Mandado de segurança — Taxa de Armazenagem Portuária (TAP) — Reexame necessário — Cabimento — Lei n. 1.533/1951, art. 12, parágrafo único — Ausência de embargos de decla-

ração — Natureza jurídica — Preço público — Fixação através de portaria — Legalidade — Precedentes.

— As sentenças concessivas de segurança estão sujeitas ao reexame necessário, por força do disposto no art. 12, parágrafo único da Lei n. 1.533/1951.

— Tema não debatido na instância **a quo** e sequer suscitado através de embargos de declaração, descabe apreciar em sede de recurso especial, **ex vi** do disposto no art. 105, III da Constituição Federal.

— Tratando-se de preço público, portanto não se encontrando sujeita aos princípios que regem a relação jurídica-tributária, o aumento da taxa de armazenagem portuária pode ser fixado através de Portaria Ministerial.

— Divergência jurisprudencial superada (Súmula n. 83/STJ).

Recurso especial não conhecido.”

b) REsp n. 205.506/SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 16.11.1999, p. 191:

“Tributário. Processual Civil. Taxa de Armazenagem Portuária. TAP. Base de cálculos. Preços públicos. Legalidade.

1. Legalidade de aumento de Tarifas Portuárias (TAP) por ato ministerial.

2. O órgão judicial para expressar a sua convicção não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Embora sucinta ou deficiente, a motivação, pronunciando-se sobre as questões de fato e de direito para fundamentar o resultado, exprimindo o sentido geral do julgamento, não emoldura negativa de vigência ao art. 458, II, CPC.

3. Multiplicidade precedente.

4. Recurso não provido.”

c) REsp n. 157.060/SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 10.05.1999, p. 106:

“Tributário. Processual Civil. Taxa de Armazenagem Portuária. TAP. Base de cálculos. Preços públicos. Legalidade.

1. Legalidade de aumento de Tarifas Portuárias (TAP) por ato ministerial.

2. Multiplicidade precedente.

3. Recurso não provido.”

d) REsp n. 205.178/SP, Relator Ministro Franciulli Neto, DJ de 24.03.2003, p. 166:

“Recurso especial. Alínea **a**. Taxa de Armazenagem Portuária. Natureza de preço público. Fixação dos critérios para cálculo por meio de portaria ministerial. Legalidade. Iterativos precedentes. Recurso especial não conhecido.

A Taxa de Armazenagem Portuária tem natureza de preço público, nada obstante sua denominação. Considera-se legítima a fixação da sua forma de cálculo por meio de portaria ministerial, sem qualquer ofensa ao princípio da legalidade.

Recurso especial não conhecido.”

e) REsp n. 115.025/SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 10.08.1998, p. 17:

“Tributário. Processual Civil. Taxa de Armazenagem Portuária. TAP. Base de cálculos. Preços públicos. Legalidade.

1. Legalidade de aumento de Tarifas Portuárias (TAP) por ato ministerial.

2. Multiplicidade precedente.

3. Recurso provido.”

f) REsp n. 114.814/SP, Relator Milton Luiz Pereira, DJ de 10.08.1998, p. 17:

“Tributário. Processual Civil. Taxa de Armazenagem Portuária. TAP. Base de cálculos. Preços públicos. Legalidade.

1. Legalidade de aumento de Tarifas Portuárias (TAP) por ato Ministerial.

2. Multiplicidade precedente.

3. Recurso provido.”

g) REsp n. 170.990/SP, DJ de 24.08.1998, p. 37:

“Tributário. Processual Civil. Taxa de Armazenagem Portuária. TAP. Base de cálculos. Preços públicos. Legalidade. 1. Legalidade de aumento de Tarifas Portuárias (TAP) por ato ministerial. 2. Multiplicidade precedente. 3. Recurso provido.”

h) REsp n. 158.878/SP, DJ de 31.08.1998, p. 25:

“Tributário. Processual Civil. Taxa de Armazenagem Portuária. TAP. Legalidade. Súmula n. 148/STF. 1. Legalidade de aumento de tarifas

portuárias por ato ministerial. 2. Multiplicidade precedente. 3. Recurso improvido.”

i) REsp n. 178.647/SP, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 14.12.1998, p. 137:

“Taxa de Armazenagem Portuária — Competência — Base de cálculo — Preços públicos.

A Taxa de Armazenagem Portuária não passa de preço público, sendo legítimo seu aumento por ato do Ministério de Viação e Obras Públicas.

Recurso provido.”

No mesmo sentido: REsp n. 185.982/SP; EDcl no REsp n. 157.084/SP; REsp n. 157.060/SP; REsp n. 115.066/SP; REsp n. 114.755/SP; REsp n. 205.506/SP; AgRg no REsp n. 180.020/SP; AgRg no REsp n. 242.194/RJ; REsp n. 217.149/SP; AgRg no REsp n. 279.140/SP; REsp n. 205.470/SP; REsp n. 419.141/SP

Isso posto, dou provimento ao recurso.

É como voto

RECURSO ESPECIAL N. 498.427 — PR (2003/0015518-2)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Cooperativa Regional de Energia e Desenvolvimento Rural Taquari-Jacuí Ltda

Advogados: Marcelo Romano Dehnhardt e outros

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Patrícia Helena Bonzanini e outros

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Recurso especial. Princípio do duplo grau de jurisdição. Ausência de prequestionamento. Inadmissibilidade. Contribuição para o Funrural. Tributo indireto. Repetição de indébito. Cooperativa. Legitimidade. Sub-rogação. Art. 166, do CTN.

1. A interposição do recurso especial impõe que o dispositivo de Lei Federal tido por violado tenha sido ventilado no acórdão recorrido, ao menos de forma implícita, sob pena de padecer o recurso da imposição

jurisprudencial do prequestionamento, requisito essencial à admissão do mesmo, o que atrai a incidência do Enunciado n. 282 da Súmula do STF.

2. A contribuição para o Funrural, através da técnica de desconto na nota fiscal do produtor quando da alienação do produto à cooperativa, caracteriza-se como exação indireta.

3. Assim, em princípio, a repetição caberia ao contribuinte de fato.

4. Deveras, a cooperativa, por força legal, não obstante não seja contribuinte e sim responsável, é sub-rogada nos direitos do produtor, por isso que ostenta legitimidade ativa e pretensão material ao recebimento do indevido.

5. A relação entre produtor e cooperativa é de direito privado e, **res inter alios** em relação ao Fisco e suas entidades arrecadoras.

6. Consectariamente, o Fisco não pode eximir-se de restituir o que percebeu indevidamente, figurando a sub-rogação legal como a autorização a que se refere o art. 166, do CTN, muito embora, no plano privatístico, possa haver regresso do produtor em face da cooperativa, por força do princípio que veda o enriquecimento sem causa.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Humberto Gomes de Barros e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro José Delgado (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 21 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ de 15.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: A Cooperativa Regional de Energia e Desenvolvimento Rural de Taquari-Jacuí Ltda interpôs recurso especial (fls. 386/418), com fulcro

no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido em sede de apelação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“Prorural. Declaração de inexigibilidade da contribuição. Repetição do indébito. Ilegitimidade ativa retentora.

A cooperativa, na qualidade detentora da exação, não paga a contribuição sobre a comercialização da produção de seu cooperativado, mas apenas procede o recolhimento, não estando legitimada a postular a declaração de inexigibilidade da exação ou a repetição do indébito, pena de irriquecimento ilícito.” (Fl. 370)

Consta dos autos que a Cooperativa Regional de Energia e Desenvolvimento Rural de Taquari-Jacuí Ltda ajuizou ação ordinária em face do INSS, objetivando o afastamento da exigibilidade da contribuição ao Funrural incidente sobre a comercialização de seus produtos rurais e o reconhecimento do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a este título.

O r. juízo monocrático, às fls. 291/295, julgou improcedente o pedido, com fulcro no art. 269, I, do CPC.

Irresignada, a cooperativa interpôs apelação perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, por unanimidade, extinguiu o processo sem julgamento de mérito, sob o fundamento de ilegitimidade da parte autora, nos termos da ementa supratranscrita.

Opostos embargos de declaração, restaram acolhidos para fins de prequestionamento, consoante julgado de fls. 381/384.

Na presente irresignação especial, alega a recorrente que é o sujeito passivo da obrigação previdenciária ao Funrural, pois age em nome próprio, por conta do associado, motivo pelo qual absorve referido encargo. Aduz, ainda, que “(...) A Lei n. 7.787/1989, ao alterar a legislação de custeio da Previdência Social, expressamente suprimiu, a partir de 1ª.09.1989, a contribuição do Funrural devida (fl. 407), razão pela qual pugna pela repetição dos valores indevidamente recolhidos a este título.

Sem contra-razões, o recurso foi admitido no Tribunal de origem, consoante despacho de fl. 477.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): **Prima facie**, verifica-se que o acórdão

recorrido não analisou a matéria de mérito — inexigibilidade da contribuição ao Funrural — uma vez que acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa da cooperativa suscitada pelo INSS.

Não obstante, a cooperativa recorrente pugna, em sua irresignação especial, pela repetição dos valores indevidamente recolhidos a título de contribuição ao Funrural, consoante se colhe dos seguintes excertos de suas razões recursais.

Consectariamente, além da ausência de prequestionamento da matéria de mérito — inexigibilidade da contribuição ao Funrural — que faz incidir o Verbete sumular n. 282, do STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”) e a ausência de demonstração do dissídio jurisprudencial, uma vez que, ausente a verossimilhança entre os decisórios confrontados, obsta o conhecimento do recurso especial o fato de que, acaso esta Corte Superior emitisse pronunciamento quanto ao mérito que cerca a matéria, estar-se-ia violando o princípio do duplo grau de jurisdição com flagrante supressão de instância.

Isso porque, em não tendo sido emitido juízo meritório pelo Tribunal **a quo**, a Constituição Federal, ao exigir como requisito maior de cabimento do recurso especial, decisão judicial de única ou última instância, veda que o STJ aprecie questão não decidida.

Destarte, nestas circunstâncias, o recurso padece da imposição jurisprudencial do prequestionamento, a obstar o seu conhecimento no que pertine à repetição de indébito.

Por outro lado, conheço do recurso no que pertine à legitimidade ativa da cooperativa para reaver os valores supostamente inexigíveis, posto que a matéria foi devidamente prequestionada.

Destarte, é entendimento assente na egrégia Primeira Seção desta Corte que as contribuições que, por sua natureza, não se sujeitam à comprovação do não-repasse do encargo financeiro aos preços dos bens e serviços oferecidos à sociedade, por possuírem natureza direta, não se aplica o art. 166, do CTN para fins de restituição do indébito. Assim são consideradas aquelas contribuições sociais cuja exigência se concentra, unicamente, na pessoa de quem a recolhe, como, **v.g.**, no caso das contribuições incidentes sobre a folha de salários dos autônomos e administradores em que uma empresa que assume a condição de contribuinte de fato e de direito. A primeira condição é assumida porque arca com o ônus financeiro imposto pelo tributo; a segunda, caracteriza-se porque é a responsável pelo cumprimento de todas as obrigações, quer as principais, quer as acessórias.

No que concerne à exigência de comprovação da não-repercussão em se tratando de repetição de indébito e de compensação da contribuição sobre a remuneração paga aos administradores, autônomos e avulsos, destaque-se decisão proferida pelo Ministro José Delgado, nos autos dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 168.469/SP, publicado no DJ de 17.12.1999, ementada nos seguintes termos:

“Tributário. Contribuição previdenciária — art. 3º da Lei n. 7.787/1989 e art. 22, I, da Lei n. 8.212/1991. Autônomos, empregadores e avulsos. Compensação. Transferência de encargo financeiro. Artigo do CTN. Leis ns. 8.212/1991, 9.032/1995 e 9.129/1995.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em sede de embargos de divergência, pacificou o entendimento para acolher a tese de que o art. 66 da Lei n. 8.383/1991, em sua interpretação sistêmica, autoriza ao contribuinte efetuar, via autolancamento, compensação de tributos pagos cuja exigência foi indevida ou inconstitucional.

2. Tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro são somente aqueles em relação aos quais a própria lei estabeleça dita transferência.

3. Somente em casos assim aplica-se a regra do art. 166, do Código Tributário Nacional, pois a natureza, a que se reporta tal dispositivo legal, só pode ser a jurídica, que é determinada pela lei correspondente e não por meras circunstâncias econômicas que podem estar, ou não, presentes, sem que se disponha de um critério seguro para saber quando se deu, e quando não se deu, aludida transferência.

4. Na verdade, o art. 166 do CTN contém referência bem clara ao fato de que deve haver pelo intérprete sempre, em casos de repetição de indébito, identificação se o tributo, por sua natureza, comporta a transferência do respectivo encargo financeiro para terceiro ou não, quando a lei, expressamente, não determina que o pagamento da exação é feito por terceiro, como é o caso do ICMS e do IPI. A prova a ser exigida na primeira situação deve ser aquela possível e que se apresente bem clara, a fim de não se colaborar para o enriquecimento ilícito do poder tributante. Nos casos em que a lei expressamente determina que o terceiro assumiu o encargo, necessidade há, de modo absoluto, que esse terceiro conceda autorização para a repetição de indébito.

5. A contribuição previdenciária examinada é de natureza direta. Apresenta-se com essa característica porque a sua exigência se concentra, unicamente, na pessoa de quem a recolhe, no caso, uma empresa que assume a

condição de contribuinte de fato e de direito. A primeira condição é assumida porque arca com o ônus financeiro imposto pelo tributo; a segunda, caracteriza-se porque é a responsável pelo cumprimento de todas as obrigações, quer as principais, quer as acessórias.

6. Em conseqüência, o fenômeno da substituição legal no cumprimento da obrigação, do contribuinte de fato pelo contribuinte de direito, não ocorre na exigência do pagamento das contribuições previdenciárias quanto à parte da responsabilidade das empresas.

7. A repetição do indébito e a compensação da contribuição questionada podem ser assim deferidas, sem a exigência da repercussão.

8. Embargos de divergência rejeitados.”

No mesmo sentido confirmam-se as mais recentes e preponderantes decisões proferidas pela Primeira Seção desta Corte, em sede de embargos de divergência em recurso especial, cujas ementas transcrevo:

“Tributário — Contribuição previdenciária — Administradores e autônomos — Leis ns. 7.787/1989 (art. 3º, I) e 8.212/1991 (art. 22, I) — Inconstitucionalidade — Compensação — Transferência do encargo financeiro — Inocorrência — Lei n. 9.032/1995 e art. 166, CTN — Inaplicabilidade — Precedentes da egrégia Primeira Seção.

Declarada a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária a cargo da empresa sobre os pagamentos a administradores, autônomos e empregados avulsos, os valores recolhidos a esse título são compensáveis com contribuições da mesma espécie, independentemente do cumprimento da exigência contida na Lei n. 9.032/1995 e no art. 166 do CTN, por isso que não se trata de tributo indireto, inocorrendo o fenômeno da repercussão ou repasse.

Embargos de divergência acolhidos.” (Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 149.860/BA, Relator Ministro Peçanha Martins, publicado no DJ de 18.12.2000)

“Tributário. Contribuição previdenciária. Autônomos, avulsos e administradores. Lei n. 7.787/1989, art. 3º, I. Inconstitucionalidade. Compensação. Prova da repercussão. Desnecessidade. Limitação. Leis ns. 9.032 e 9.129, de 1995.

1. A Primeira Seção desta Corte, em face da declaração de inconstitucionalidade da contribuição previdenciária dos valores pagos como remuneração a autônomos, avulsos e administradores, pacificou o entendimento segundo o qual, por ser a exação de natureza direta, a repetição do indébito e a

compensação podem ser deferidas sem a prova da não-repercussão (EREsp n. 168.469/SP, DJ de 17.12.1999).

Omissis,” (Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 194.275/PR, Relator Ministro Paulo Galotti, publicado no DJ de 04.06.2001).

“Tributário — Contribuição previdenciária sobre a remuneração paga aos administradores, autônomos e avulsos — Prova do não-repasse ao contribuinte de fato — Desnecessidade.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de não ser exigível a prova de não-repercussão do ônus tributário a fim de se autorizar a compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de contribuição previdenciária sobre a remuneração paga aos administradores, autônomos e avulsos.

Embargos acolhidos.” (Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 201.875/RS, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 25.03.2002)

Deveras, somente os tributos cuja natureza jurídica comportem a transferência do encargo financeiro a terceira pessoa, ou seja, os tributos indiretos, estão condicionados, para a repetição do indébito à prova da repercussão.

Por conseguinte, para o deslinde da controvérsia, ora engendrada, mister a verificação da natureza jurídica da contribuição ao Funrural.

A legislação de regência, desde a Lei Complementar n. 11/1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, contém dispositivo expresso determinando a sub-rogação do adquirente, consignatário ou cooperativa em todas as obrigações do produtor rural, nos termos do art 15.

Com efeito, a Lei n. 8.212/1991, ao instituir o Plano e Custeio da Previdência Social, criou a contribuição do produtor rural pessoa física e do segurado especial, consoante a previsão do art. 195, § 8º, da Constituição, sobre a receita bruta da comercialização da sua produção, e atribuiu a responsabilidade do adquirente e do consignatário no recolhimento do tributo, determinando expressamente a sub-rogação desses nas obrigações do contribuinte, exceto quando a produção é comercializada no exterior ou diretamente, no varejo, ao consumidor, nos termos do art. 30, incisos III, IV e X, da Lei n. 8.212/1991.

A substituição tributária ocorre quando a lei transfere a obrigação do pagamento a uma terceira pessoa, que exclua o contribuinte natural perante o Fisco, nascendo a obrigação tributária diretamente para o substituto, que fica com o encargo de calcular o montante tributável e recolher o tributo em nome próprio.

Na hipótese **sub examem**, o tributo somente pode ser exigido do substituto,

uma vez que o art. 15, I, **a**, da LC n. 11/1971 e o art. 30, III e IV, da Lei n. 8.212/1991 estabelecem sub-rogação legal do adquirente, do consignatário e da cooperativa nas obrigações do produtor rural. Esse instituto de direito civil visa assegurar os direitos do terceiro que pagou a dívida alheia, transferindo-lhe todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo devedor.

Se, ao comprarem os produtos rurais, o adquirente, consignatário ou cooperativa ficam sub-rogados em todas as obrigações do produtor, a lei exclui a responsabilidade do contribuinte de fato, que deixa de fazer parte da relação jurídico-tributária. Obviamente que o adquirente desconta do pagamento que efetuar ao produtor o valor do respectivo tributo, referente à compra dos produtos rurais, destacando-o na nota fiscal. No entanto, o tributo é cobrado somente dele, que tem a obrigação de reter o valor correspondente ao tributo, quando realiza o fato gerador da contribuição. A interpretação dos dispositivos legais em questão ampara-se no art. 128 do CTN.

Deveras, a possibilidade de o produtor embutir no preço do produto comercializado o encargo financeiro relativo à contribuição ao Funrural, não autoriza o intérprete a concluir que, para obter a repetição do indébito recolhido a este título, deve comprovar a ausência de referido repasse.

Isto porque, se assim o for, em quaisquer demandas que visem à restituição de tributos pagos indevidamente, necessitar-se-ia referida comprovação.

Ora, fosse essa a intenção do legislador melhor teria sido explicitar referida exigência no texto da norma insculpida no art. 166 do CTN. Todavia, enfatizou a necessidade de comprovação da repercussão, nos casos dos tributos indiretos, ou seja, que, “por sua natureza”; leia-se: *por sua natureza jurídica*, comportarem referida transferência, tal como ocorre com o ICMS.

Neste sentido, é a lição de **Hugo de Brito Machado**, in “Curso de Direito Tributário”, 20^a ed. Malheiros, 2002, pp. 170/172:

“Tema importante em matéria de restituição do indevidamente pago é o que diz respeito aos tributos indiretos. O CTN não adotou a classificação dos tributos em diretos e indiretos. Na verdade essa classificação importa mais à Ciência das Finanças que ao Direito Tributário. Postas de lado algumas controvérsias, pode-se dizer que o tributo é direto quando o respectivo ônus financeiro é suportado pelo próprio contribuinte; e indireto quando esse ônus é transferido para terceiros. Em outras palavras, o tributo é direto quando a pessoa legalmente obrigada a seu pagamento suporta efetivamente o ônus. Diz-se que é indireto quando a pessoa legalmente obrigada a seu pagamento transfere o ônus correspondente para terceiros.

A classificação dos tributos em diretos e indiretos não tem, pelo menos do ponto de vista jurídico, nenhum valor científico. É que não existe critério capaz de determinar quando um tributo tem o ônus transferido a terceiro, e quando é o mesmo suportado pelo próprio contribuinte. O imposto de renda, por exemplo, é classificado como imposto direto; entretanto, sabe-se que nem sempre o seu ônus é suportado pelo contribuinte. O mesmo acontece com o IPTU, que em se tratando de imóvel alugado é quase sempre transferido ao inquilino.

Atribuindo, porém, certa relevância a tal classificação, o CTN estipulou que ‘a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la’ (art. 166). Assim, nas restituições de tributos indevidamente pagos se há de examinar se o tributo, no caso, teve ou não o seu encargo financeiro transferido a terceiro. O sujeito passivo terá direito à restituição se provar que assumiu o encargo financeiro, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la (CTN, art. 166). O terceiro, que tenha suportado o encargo financeiro do tributo indevidamente pago, não é parte legítima para pedir a restituição.

A nosso ver, tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro são somente aqueles tributos em relação aos quais a própria lei estabeleça dita transferência. Somente em casos assim aplica-se a regra do art. 166 do Código Tributário Nacional, pois a natureza a que se reporta tal dispositivo legal só pode ser a natureza jurídica, que é determinada pela lei correspondente, e não por meras circunstâncias econômicas que podem estar, ou não, presentes, sem que se disponha de um critério seguro para saber quando se deu, e quando não se deu, tal transferência.

Para saber-se quando a transferência do ônus do tributo ocorre por força da norma jurídica, basta imaginar-se uma situação na qual as partes na relação onde incide o tributo tenham acertado o preço do bem, ou do serviço, sem fazer qualquer referência ao tributo. E, depois de acertado o preço, seja colocada a questão de saber se o obrigado, perante o Fisco, ao pagamento do tributo vai transferir o ônus respectivo.

A não ser assim, ter-se-á de concluir pela inconstitucionalidade do art. 166, por ser este um óbice intransponível ao exercício do direito à restituição do indébito.

Admitir que o contribuinte sempre transfere o ônus do tributo ao consumidor dos bens ou serviços é uma idéia tão equivocada quanto difundida. Na verdade, o contribuinte tenta transferir não apenas o tributário, mas todos os

ônus que pesam sobre sua atividade. Mas nem sempre consegue. Ou nem sempre consegue inteiramente. Tudo depende das circunstâncias de cada caso e de cada momento. Seja como for, o certo é que não se pode confundir a relação jurídica de Direito Tributário, existente entre o contribuinte e o Fisco, com a relação jurídica de Direito Privado, existente entre o comprador e o vendedor dos bens e serviços.”

Não obstante, a contribuição para o Funrural, através da técnica de desconto na nota fiscal do produtor quando da alienação do produto à cooperativa, caracteriza-se como exação indireta, motivo pelo qual, em princípio, a repetição caberia ao contribuinte de fato.

Isto porque, a cooperativa, por força legal, a despeito de não ser contribuinte e sim responsável, é sub-rogada nos direitos do produtor, por isso que ostenta legitimidade ativa e pretensão material ao recebimento do indevido.

Por conseguinte, tendo em vista que a relação entre produtor e cooperativa é de direito privado e, **res inter alios** em relação ao fisco e suas entidades arrecadoras a Fazenda não pode eximir-se de restituir o que percebeu indevidamente, figurando a sub-rogação legal como a autorização a que se refere o art. 166 do CTN, muito embora, no plano privatístico, possa haver regresso do produtor em face da cooperativa, por força do princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Ex positis, dou *parcial provimento ao recurso especial*, apenas, para reconhecer a legitimidade ativa da cooperativa.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 503.697 — MG (2002/0157959-2)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Everton Lopes Nunes e outros

Recorrida: Opção Serviços Gerais Ltda

Advogados: Juvenil Alves Ferreira Filho e outros

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Admissibilidade. Matéria de índole constitucional. CPMF. Atraso no pagamento ao abrigo

de decisão judicial. Posterior cassação. Efeitos. Correção monetária e juros de mora devidos. Multa.

1. Matéria de índole constitucional não trafega na via do recurso especial.

2. O provimento liminar, seja em sede de mandado de segurança, seja por via de antecipação de tutela, decorre sempre de um juízo provisório, passível de alteração a qualquer tempo, quer pelo próprio juiz prolator da decisão, quer pelo Tribunal ao qual encontra-se vinculado. A parte que o requer fica sujeita à sua cassação, devendo arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado pelo deferimento da medida.

3. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, adaptando-a à realidade e evitando a corrosão do valor pelos efeitos da inflação. Os juros moratórios, por serem remuneratórios do capital, também são devidos ante a cassação do provimento judicial provisório.

4. Recurso especial conhecido em parte, e, nesta parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Humberto Gomes de Barros, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ de 29.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com lastro na alínea **a** do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cuja ementa restou vazada nos seguintes termos:

“Tributário. CPMF. Período protegido por decisão liminar em ação civil pública. Responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo. Institui-

ções financeiras. Lei n. 9.311/1996. MP n. 2.037-22/2000 e **in** SRF n. 089/2000. Juros de mora e multa. Inaplicáveis.

1. Os juros de mora e a multa, exigidos pela Fazenda Pública, não podem incidir sobre o recolhimento de tributo em período acobertado por decisão judicial, quando, cassada a decisão, o contribuinte não concorreu para o atraso no pagamento da exação no período fixado na legislação.

2. Sendo as instituições financeiras as responsáveis pela retenção e recolhimento da CPMF, não se pode imputar ao sujeito passivo da obrigação a aplicação de multa e juros de mora quando não se opôs à retenção dos valores não recolhidos por força de decisão judicial em face da cessação dos efeitos desta.

3. Apelo da União e remessa oficial improvidos.” (Fl. 168)

Aduz a Fazenda Nacional violação aos arts. 45 e inciso III e 46 da Medida Provisória n. 2.037-22.

Oferecidas contra-razões, o inconformismo foi admitido na origem (despacho, fl. 253).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente cumpre asseverar que o inconformismo merece parcial conhecimento. Deveras, no que pertine à alegada violação ao art. 46 da Medida Provisória n. 2.037-22, o enfoque dado à questão adentrou exame referente à sua constitucionalidade. Com efeito, decidiu o egrégio Tribunal **a quo**: “ No tocante à alegada quebra de sigilo bancário, nos moldes estabelecidos pelo art. 46 da MP n. 2.037/22 e no art. 2º da Instrução Normativa n. 089/2000, não procede a afirmação da União de que o art. 145/CF, § 1º, ‘assegura à administração tributária identificar o patrimônio, o rendimento e as atividades econômicas do contribuinte, justamente para conferir efetividade à pessoalidade da tributação’, ante o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a quebra de sigilo só deve ceder no caso de interesse público relevante.” (Fl. 166)

Dessarte, verifica-se que a egrégia Corte **a quo** valeu-se de fundamento exclusivamente constitucional para dirimir esta questão, o que inviabiliza sua apreciação na via especial.

Conheço do recurso no que se refere à vulneração ao art. 45, III da Medida Provisória n. 2.037-22, porquanto devidamente prequestionado. Cumpre transcrever, por oportuno, o teor do dispositivo legal apontado como malferido:

Art. 45. O valor correspondente à Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza

Financeira — CPMF, não retido e não recolhido pelas instituições especificadas na Lei n. 9.311, de 24 de outubro de 1996, por força de liminar em mandado de segurança ou em ação cautelar, de tutela antecipada em ação de outra natureza, ou de decisão de mérito, posteriormente revogadas, deverá ser retido e recolhido pelas referidas instituições, na forma estabelecida nos artigos seguintes.

Art. 46. As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da CPMF deverão:

I - apurar e registrar os valores devidos no período de vigência da decisão judicial impeditiva da retenção e do recolhimento da contribuição;

II - efetuar o débito em conta de seus clientes-contribuintes, a menos que haja expressa manifestação em contrário:

a) no dia 29 de setembro de 2000, relativamente às liminares, tutelas antecipadas ou decisões de mérito, revogadas até 31 de agosto de 2000;

b) no trigésimo dia subsequente ao da revogação da medida judicial ocorrida a partir de 1º de setembro de 2000;

III - recolher ao Tesouro Nacional, até o terceiro dia útil da semana subsequente à do débito em conta, o valor da contribuição, acrescido de juros de mora e de multa moratória, segundo normas a serem estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal;

A questão posta a exame versa a incidência ou não de juros de mora e multa em decorrência de pagamento a destempo de CPMF, cuja retenção se dá pela instituição financeira depositária, estando o contribuinte acobertado por decisão judicial favorável, posteriormente cassada.

Este tema não é novo, já o tendo enfrentado o extinto Tribunal Federal de Recursos:

Tribunal: TFR. Acórdão. Rip: 03126528 Decisão: 1º.09.1980

Proc: Ac Num: 0047896 Ano: UF: MG Turma: 04 Aud: 27.11.1980 Ape-
lação Cível Fonte DJ de 04.12.1980 p.:***** EJ Vol: 00001-02 p.: 290

Crédito *tributário*. Suspensa a sua exigibilidade pela concessão de medida *liminar* em *mandado de segurança*, cassada esta, responde o contribuinte pelo débito com todos os acessórios, inclusive os do período da suspensão. Confirmação de sentença que julgou improcedente ação de consignação em pagamento.

Relator

Min: 019 — Ministro Armando Rolemberg

Tribunal: TFR Acórdão Rip: 01325256 Decisão: 21.02.1983

Proc: AMS Num: 0088420 Ano: UF: SP Turma: 04 Aud: 10.03.1983 Ape-
lação em *mandado de segurança*

Fonte DJ de 17.03.1983 p.:***** EJ Vol: 00003-01 p.: 55 Relator Min:
140 — Ministro Carlos Mario Velloso

Ementa

Tributário. Correção monetária e *juros*. Dívida fiscal. Cassação da *seguran-
ça* que suspendeu a sua exigibilidade. Lei n. 4.862/1965, art. L5, par. 1.

I - Somente o depósito do débito é capaz de afastar a incidência da correção monetária e dos *juros* enquanto o mesmo é discutido em juízo. A regra do parágrafo 1º do artigo 15 da Lei n. 4.862/1965, diz respeito ou se dirige a decisão administrativa, apenas.

II - Destarte, cessada a suspensão da exigibilidade da dívida fiscal, com a cassação da *segurança* anteriormente concedida, tornam-se devidos os *juros* e correção monetária do período em que o contribuinte esteve ao abrigo da *liminar* ou mesmo da decisão judicial de primeira instância, desde que não tenha sido depositada importância questionada (Lei n. 4.357/1964, art. 7º, parágrafo 2º).

III - Recurso desprovido.

O provimento liminar, seja em sede de mandado de segurança, seja por via de antecipação de tutela, decorre sempre de um juízo provisório, passível de alteração a qualquer tempo, quer pelo próprio juiz prolator da decisão, que pelo Tribunal ao qual encontra-se vinculado. A parte que o requer fica sujeita à sua cassação, devendo arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado pelo deferimento da medida. Impende salientar que fica ela condicionada ao pagamento da obrigação principal, acrescida de correção monetária, cujo escopo é a preservação do valor monetário em questão, e de *juros* de mora. Estes *juros* não têm o caráter de penalidade pelo atraso no cumprimento da obrigação tributária, mas de compensação conferida ao Fisco, que não dispôs do numerário devido e não pago, durante o atraso no pagamento. Os *juros* de mora têm feição remuneratória do capital, que, à disposição do contribuinte, gerou para este frutos, que devem ser computados em favor do Tesouro.

No que tange à multa imputada pelo atraso no pagamento do tributo, impende tecer algumas considerações:

O Código Tributário Nacional dispõe o seguinte:

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança;”

A questão **sub judice**, embora tenha entendimento sumulado no âmbito do Colendo Supremo Tribunal Federal, merece alguns apontamentos no tocante à aplicação da multa moratória. Com efeito, reza a Súmula n. 405 do STF:

“Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.”

A doutrina, no particular, trilha o mesmo caminho, no sentido de que, denegada a ordem de segurança pleiteada, retorna-se ao **statu quo ante**. Nesse passo, restou assentado em julgamento relatado pelo eminente Ministro Franciulli Netto:

“Sabem-no todos, ocioso lembrar, que o escopo da liminar está em garantir a decisão, a fim de que a pretensão não se torne inócua a final, se concedida a segurança. Diante dessa particularidade, fica claro que a liminar não se confunde com sentença.

Ocorre, entretanto, que a sentença que nega a segurança é de caráter declaratório negativo, cujo efeito, como é cediço, retroage à data da impetração. Assim, se da liminar que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário decorreu algum efeito, com o advento da sentença denegatória não mais subsiste.”

Nessa vereda, pontifica **Hely Lopes Meirelles**, com a acuidade que o notabilizou, que “uma vez cassada a liminar ou cessada sua eficácia, voltam as coisas ao **statu quo ante**. Assim sendo, o direito do Poder Público fica restabelecido **in totum** para a execução do ato e de seus consectários, desde a data da liminar.” (Cf. “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**”, 16ª edição atualizada por **Arnoldo Wald**, Malheiros Editores, p. 62).

O escólio de **Lucia Valle Figueiredo** segue esse caminho ao dilucidar que “revogada a liminar, ou melhor dizendo, cassada, uma vez que revogação, quer na teoria geral do Direito, quer no Direito Administrativo, tem sentido absolutamente diferenciado, ou, então, absorvida por sentença denegatória, volta-se ao **statu quo ante**. É dizer, o ato administrativo revigora, recobra sua eficácia, como se nunca tivesse perdido”. (Cf. “Mandado de Segurança”, 3ª edição, Malheiros Editores, p. 151)

Deflui, daí, que é devida a cobrança dos juros de mora, uma vez que “eles remuneraram o capital que, pertencendo ao Fisco, estava em mãos do contribuín-

te” (cf. **Hugo de Brito Machado**, in “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, Ed. Dialética, 3ª ed., p. 135). Aliás, a incidência da correção monetária também é de rigor.” (REsp n. 132.616/RS, DJ de 26.03.2001)

Este acórdão está vazado com a seguinte ementa:

“Processo Civil e Tributário — Liminar e sentença concessiva da segurança — Apelação denegando o pedido formulado em mandado de segurança — Efeitos — Ação ordinária interposta para afastar a incidência de juros de mora — Alegado deferimento de moratória — Recurso especial não conhecido.

— É devida a cobrança dos juros de mora, uma vez que “eles remuneraram o capital que, pertencendo ao Fisco, estava em mãos do contribuinte” (cf. **Hugo de Brito Machado**, in “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, Ed. Dialética, 3ª ed. p. 135)

— A sentença que nega a segurança é de caráter declaratório negativo, cujo efeito, como é cediço, retroage à data da impetração. Assim, se da liminar que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário decorreu algum efeito, com o advento da sentença denegatória não mais subsiste, isto é “cassada a liminar ou cessada sua eficácia, voltam as coisas ao **statu quo ante**. Assim sendo, o direito do Poder Público fica restabelecido **in totum** para a execução do ato e de seus consectários, desde a data da liminar” (cf. **Hely Lopes Meirelles**, “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**”, 16ª Edição atualizada por **Arnoldo Wald**, Malheiros Editores, p. 62)

— Não há prova nos autos da concessão de moratória. Se se admitir que a concedida para o recorrido é de caráter individual, pode a Administração, de ofício, revogá-la, incidindo juros de mora.

— Recurso especial não conhecido.”

Ainda no mesmo sentido, os seguintes julgados:

“Processo Civil e Tributário. Liminar e posterior sentença denegatória de segurança: efeitos. Mora, correção monetária — art. 151, CTN.

1. A sentença denegatória de segurança, sendo declaratória negativa, tem efeitos **ex tunc**, fazendo desaparecer, em consequência, a suspensividade da exigência do crédito tributário adiantada em liminar.

2. Retorno das partes ao **statu quo ante**, com a incidência de juros de mora e correção monetária no período em que transcorreu o processo.

3. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 205.301/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 09.10.2000);

“Tributário e Processual Civil — Liminar — Sentença de mérito denegatória de segurança — Suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, IV, CTN — Súmula n. 405/STF).

1. Denegada a segurança, revogada a liminar que suspendeu provisoriamente a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, IV, CTN), ressurgue a obrigação fiscal, só podendo ser afetada pelas demais causas de suspensão (art. ref. incs. I, II e III).

2. Novamente exigível o crédito tributário, a suspensão só efetiva-se com o depósito integral do valor devido desde a sua constituição, incluindo-se os consectários legais.

3. Recurso improvido.” (REsp n. 7.725/SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 27.06.1994)

Afigura-se correta, portanto, a incidência de multa moratória quando da denegação da ordem de segurança e conseqüente cassação da liminar anteriormente deferida, uma vez que tanto a doutrina quanto a jurisprudência desta Corte estão acordes nesse sentido.

O Supremo Tribunal Federal, conforme ressaltado, preconiza o mesmo entendimento no Verbete n. 405, que assim dispõe:

“Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.” (Fls. 186/187)

Comentado-o, leciona **Roberto Rosas**:

“A doutrina divergia quanto aos efeitos da liminar, após a sentença denegatória da segurança.

Para alguns, ela subsistia: **Alcides Mendonça Lima**, “Efeitos do agravo de petição no despacho concessivo de medida liminar em mandado de segurança”, FR n. 178/464; **Hely Lopes Meirelles**, “Problemas do mandado de segurança”, RDA n. 73/1951.

Outros juristas negam a subsistência dos efeitos da liminar. **Celso Agrícola Barbi**, “Do Mandado de Segurança”, p. 115; **Hamilton de Moraes e Barros**, “As Liminares do Mandado de Segurança”, p. 61; **José Frederico Marques**, “Instituições”, v. IV/211; **Seabra Fagundes**, “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, p. 348; **Adhemar Ferreira Maciel**,

“Observações sobre a liminar no mandado de segurança”, in “Mandados de Segurança e Injunção”, Saraiva, p. 240.

Idéia que merece consideração com o advento do Código de Processo Civil de 1973 decorre do efeito suspensivo da apelação interposta da sentença (CPC, art. 520).

Admite-se a persintência da liminar se houver garantia, como ocorre com depósito em dinheiro ou fiança bancária (STJ, RMS n. 1.056, DJ de 27.09.1993).”

Quem deve arcar com os consectários do inadimplemento do tributo, por óbvio, é o próprio contribuinte. O fato de estarem os valores depositados em determinada instituição financeira não desloca a responsabilidade do pagamento dos consectários para a fonte que retém a exação. Isso porque, nada obstante o numerário estar depositado em seus cofres, ele não está à sua disposição, mas do correntista. Estando esse valor à livre disposição do contribuinte, dele deve ser exigido o pagamento dos juros e correção monetária respectivos.

Com essas considerações, *conheço em parte do recurso, e, nesta parte, dou-lhe provimento* para determinar que o recolhimento do tributo em questão deve ser efetuado com correção monetária, juros de mora e multa.

RECURSO ESPECIAL N. 531.362 — SP (2003/0044913-8)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Márcia de Oliveira Ferreira Aparício e outros

Recorrida: Damm Produtos Alimentícios Ltda

Advogado: Peter Fredy Alexandrakis

EMENTA

Tributário. Salmão. Importação. ICMS. País signatário do GATT. Isenção. Processual Civil. Recurso especial. Ofensa ao art. 1^o da Lei n. 1.533/1951. Inexistência de direito líquido e certo. Súmula n. 07/STJ.

1. A cláusula do tratado internacional estabelece tratamento igualitário (não mais favorável) entre produtos similares dos países signatários. Mercê de ser inconfundível o salmão importado com eventual similar nacional, o que por si só afasta a **ratio essendi** do ato legislativo

transnacional, o suposto pescado interno não goza de benefício mais favorável, por isso que descabe o favor fiscal pretendido.

2. Deveras, o órgão competente nacional (Ibama) atestou a existência em águas marítimas nacionais de pescado similar ao salmão. Conseqüentemente, impõe-se verificar o tratamento **intra muros** concedido ao mesmo, no afã de respeitar o tratado internacional.

3. A cláusula do tratado subsume-se à regra interna quanto à sua implementação, por isso que faz depender o tratamento isonômico-fiscal daquilo que dispuser a norma tributária do país signatário.

4. Havendo similar nacional em confronto com o salmão importado e que não goza de isenção, benefício esse, de interpretação estrita, não há como se conferir a alforria fiscal.

5. Interpretação literal que se impõe na defesa da ordem tributária (art. 111, CTN) e do produto nacional. Precedentes da Corte.

6. A aferição da existência de direito líquido e certo demanda indispensável a reapreciação do conjunto probatório existente no processo, o que é vedado em sede de recurso especial em virtude do preceituado na Súmula n. 07/STJ.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Humberto Gomes de Barros, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ de 13.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c**, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Apelação Cível. Mandado de segurança. ICMS. Produto que goza de isenção tributária. País de origem, signatário do GATT. Isenção concedida ao similar nacional. Incidência da Súmula n. 575, do Supremo Tribunal Federal. Precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recursos oficial e voluntário parcialmente providos.”

Opostos embargos de declaração, assim se manifestou a Corte de origem:

“Embargos de declaração. Omissão, contradição ou erro. Inocorrência. Desnecessidade do acórdão responder todas as alegações das partes, quando já motivado suficientemente. Impossibilidade, de resto, de se acatar embargos de declaração, com essência de infringentes.

Recurso rejeitado.”

A empresa recorrida impetrou mandado de segurança impugnando a incidência de ICMS sobre o salmão importado de país signatário do GATT. A segurança foi concedida em primeiro grau, reconhecendo a isenção do imposto, decisão que foi confirmada em sede de apelação pelo Tribunal **a quo**.

Nas razões do recurso especial, a recorrente alegou, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 1^o da Lei n. 1.533/1951, e 98 e 111, II, do CTN.

Foram oferecidas contra-razões, pugnando pelo desprovimento do apelo.

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

VOTO

O Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, não merece conhecimento o recurso especial quanto à violação do art. 1^o da Lei n. 1.533/1951. Com efeito, a Fazenda Estadual alega violação do citado dispositivo legal, porque o direito invocado pela recorrida não seria líquido nem certo, motivo pelo qual a segurança não poderia ter sido concedida. Ocorre que direito líquido e certo, no dizer do saudoso mestre **Hely Lopes Meirelles**, “é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo para fins de segurança.” (In “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**”. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 35) Destarte, para se aferir a liquidez e certeza do direito, indispensável a reapreciação do conjunto probatório existente no processo, o que é vedado em sede de recurso especial em virtude do preceituado na Súmula n. 07, desta Corte: “A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial.”

Conheço do recurso no que pertine à violação dos arts. 98 e 111 do CTN e à divergência jurisprudencial, que foi devidamente demonstrada.

Insurge-se a Fazenda Paulista contra decisão que entendeu ser o salmão importado de país signatário do GATT similar ao bacalhau, para fins da isenção do ICMS, nos termos da Súmula n. 71/STJ.

Efetivamente assiste razão à recorrente.

Deveras, a cláusula do tratado internacional estabelece tratamento igualitário (não mais favorável) entre produtos similares dos países signatários. Mercê de ser inconfundível o salmão importado com eventual similar nacional, o que por si só afasta a **ratio essendi** do ato legislativo transnacional, o suposto pescado interno não goza de benefício mais favorável, por isso que descabe o favor fiscal pretendido.

Verdadeiramente, o órgão competente nacional (Ibama) atestou a existência em águas marítimas nacionais de pescado similar ao salmão. Conseqüentemente impõe-se verificar o tratamento **intra muros** concedido ao mesmo, no afã de respeitar o tratado internacional.

A cláusula do tratado subsume-se à regra interna quanto à sua implementação, por isso que faz depender o tratamento isonômico-fiscal daquilo que dispuser a norma tributária do país signatário.

Assim, havendo similar nacional em confronto com o salmão importado e que não goza de isenção, benefício esse de interpretação estrita, não há como se conferir a alforria fiscal, posto ser imperiosa a interpretação literal, na defesa da ordem tributária (art. 111, CTN) e do produto nacional.

Aliás, nesse mesmo sentido decidiu-se no REsp n. 427.858/SP, cuja ementa, pela sua atualidade merece transcrição:

“Tributário. Importação de salmão. ICMS. Isenção. Existência do pescado em águas nacionais. Precedentes.

1. Recurso especial interposto contra v. acórdão que julgou procedente ação visando obter o reconhecimento do direito à isenção do ICMS na importação de salmão, com base em benefício conferido pelo Tratado do GATT.

2. As decisões judiciais estão sujeitas às mutações histórico-geográficas e até mesmo aos fenômenos da natureza. A realidade atual noticia a existência de pescado similar em águas marítimas do Brasil, pelo que as operações com o pescado brasileiro não se encontram isentas ao pagamento do ICMS. O produto estrangeiro não pode ser beneficiado mais que o nacional.

3. O contribuinte, ao importar o pescado salmão, não tem direito à isenção do ICMS, por haver a possibilidade de o mesmo ser colhido em nossas águas marítimas, especialmente através da criação em Campos do Jordão, Atibaia, Delfim Moreira e outras cidades de clima propício, inclusive no sul

do País. Não se pode, pois, afirmar nesta quadra, inexistir o similar nacional dada a grande variedade de Salmonídeos procriados em águas brasileiras, notadamente rios e lagos de temperatura amena.

4. Indemonstrado que o referido pescado não habita as águas brasileiras, não se pode lhe emprestar a mesma interpretação dada à importação do bacalhau.

5. Em regra, a interpretação da legislação tributária sobre isenção é restritiva, salvo quando, por construção sistêmica, tal critério não atenda aos princípios postos no ordenamento jurídico fiscal.

6. Precedentes das egrégias Primeira e Segunda Turmas desta Corte Superior.

7. Recurso provido.”

(Primeira Turma, DJ de 09.09.2002, p. 179, à unanimidade, a Turma deu provimento ao recurso especial)

Na fundamentação do voto, assentou o Ministro José Delgado, fundado em vários precedentes da Turma:

“A realidade atual noticia a existência de pescado similar em águas marítimas do Brasil, pelo que as operações com o pescado brasileiro não se encontram isentas ao pagamento do ICMS. O produto estrangeiro não pode ser beneficiado mais do que o nacional.

(...)

É notório, na atualidade, a existência de salmão em águas brasileiras, povoando lagos e rios (criação em Campos do Jordão, Atibaia, Delfim Moreira e outras cidades de clima próprio, inclusive no sul do País). Não se pode alegar, portanto, inexistir o similar nacional dada a grande variedade de Salmonídeos procriados em águas brasileiras, notadamente rios e lagos de temperatura amena.

(...)”

Desta sorte, ao invés de afrontar o entendimento predominante, esses fundamentos confirmam aqueles que ensejaram a Súmula n. 71 do STJ.

Em face do exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 534.710 — SC (2003/0056856-0)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Jaqueline Maggioni Piazza e outros

Recorrida: Gama Mineração S/A

Advogados: Luiz Fernando Kuyven e outros

EMENTA

Tributário. Recurso especial. Execução fiscal. Substituição de bem penhorado por outro imóvel. Art. 15, inc. I, da Lei n. 6.830/1980.

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

II - Precedentes.

III - Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

DJ de 22.03.2004

RELATÓRIO

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

c, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que restou assim ementado, **verbis**:

“Agravado de instrumento. Tributário. Execução fiscal. Substituição do bem penhorado. Art. 15, Inciso I, da Lei n. 6.830/1980.

O art. 15, inciso, I, da Lei n. 6.830/1980 encerra direito subjetivo do executado a ser atendido sempre. Não há inibição, no entretanto, de se pretender seja deslocada a penhora para outro bem do patrimônio do executado, seja a pedido deste ou da Fazenda Pública; em qualquer das hipóteses a questão deverá ser apreciada à luz das regras gerais de processo civil.” (Fl. 47) Sustenta o recorrente, além do dissídio pretoriano, que a decisão violou o disposto no art. 15, inciso I, da Lei n. 6.830/1980, vez que o devedor não ofereceu nem dinheiro nem fiança bancária para substituir a penhora.

Afirma que o recorrido não trouxe aos autos informações relativas ao valor do débito nem se estaria em dia com o Refis. Também teria omitido o fato de que o bem ofertado em substituição seria de propriedade de terceiro.

Diz ainda que o valor atribuído ao hectare do imóvel encontra-se fora da realidade do mercado imobiliário brasileiro.

Contra-razões às fls. 81/86, pugnado pela improcedência do recurso especial. É o relatório.

VOTO

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

Inicialmente, registro que as alegações relativas ao valor do imóvel e à inexistência de demonstração do valor da dívida e da regularidade dos pagamentos das parcelas do Refis, bem como da titularidade do imóvel dado em substituição, não podem ser apreciados pela via estreita do recurso especial, a teor da Súmula n. 7, deste Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à substituição propriamente dita, tenho que assiste razão ao recorrente.

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

No mesmo diapasão, destaco o seguinte precedente, **verbis**:

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

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

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

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

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

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

3. Precedente.

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

Diante do exposto, *dou provimento* ao recurso especial.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 552.710 — DF (2003/0108448-8)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: José Luiz Gomes Rolo e outros

Recorridos: Alfio Giusti e outros

Advogados: Luiz Alberto Bettiol e outros

EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Desconto na fonte. Levantamento dos honorários advocatícios. Procuração sem indicação da sociedade.

1. A expedição de alvará para “entrega do dinheiro” constitui um ato processual integrado ao processo de execução, na sua derradeira fase, a do pagamento. Segundo o art. 709 do CPC, a entrega do dinheiro deve ser feita ao “credor”. Esta regra deve ser também aplicada, sem dúvida, à execução envolvendo honorários advocatícios, o que significa dizer que, também nesse caso, o levantamento do dinheiro deve ser deferido ao respectivo “credor”.

2. Segundo o art. 23 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB) “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nessa parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”. Em princípio, portanto, credor é o advogado.

3. Todavia, o art. 15, § 3º, da Lei n. 8.906/1994 autoriza o levantamento em nome da sociedade caso haja indicação desta na procuração.

4. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 06 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 24.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento nas alíneas **a** e **c** da previsão constitucional, contra acórdão proferido pelo TRF — 1ª Região, ementado nos seguintes termos:

“Processual Civil. Agravo de instrumento. Levantamento da verba honorária. Alíquota fixada em 27,5%. Procução que indica a sociedade.

1. Se a procução é outorgada em nome dos advogados, havendo, entretanto, menção à sociedade, o desconto do IR na fonte deve ser de 1,5 (um e meio por cento) (IR Pessoa Jurídica).

2. Agravo provido.”

Sustenta a recorrente que o levantamento dos honorários advocatícios pela sociedade de advogados exige, como condição legal (art. 15, § 3º, da Lei n. 8.906/1994), que as procuações outorgadas individualmente aos advogados indiquem a sociedade de que façam parte. Alega, ainda, que “o mandato só pode ser transmitido na mesma condição em que foi recebido. Se não foi recebido na condição de membro de uma sociedade de advogados, não pode ser transmitido nesta condição”. Colaciona precedentes do STJ em abono à tese esposada. Em contra-razões, **Alfio Guisti** e outros asseveram que a pretensão recursal depende do revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via especial, a teor das Súmulas ns. 07 e 211 desta Corte. No mérito, aduz que: a) o acórdão recorrido encontra apoio na jurisprudência pacífica dos Tribunais pátrios; b) vedar o levantamento dos honorários em nome da sociedade implica em negar a própria existência da pessoa jurídica e, por conseguinte, das normas nas quais se fundamenta (arts. 5º, XVII, XIII e 170 da CF, Capítulo II do CPC e Capítulo IV do Estatuto da Advocacia).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): Sobre o levantamento dos honorários advocatícios pela sociedade de advogados, proferi voto-vista no REsp n. 543.481/DF (Primeira Turma, Ministro Luiz Fux), nos seguintes termos:

“A expedição de alvará para ‘entrega do dinheiro’ constitui um ato processual integrado ao processo de execução, na sua derradeira fase, a do pagamento. Segundo o art. 709 do CPC, a entrega do dinheiro deve ser feita ao ‘credor’. ‘Credor’, na acepção do Código, tem o sentido de titular da relação de direito material e, também, de “exequente”. Esta regra deve ser também aplicada, sem dúvida, à execução envolvendo honorários advocatícios, o que significa dizer que, também nesse caso, o levantamento do dinheiro deve ser deferido ao respectivo ‘credor’.

A questão aqui posta resolve-se, portanto, em identificar quem é o credor dos honorários advocatícios. Segundo o art. 23 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB) ‘os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a

sentença nessa parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor'. Em princípio, portanto, credor é o advogado.

Todavia, construiu-se, na jurisprudência, o entendimento de que pode ser considerada credora dos honorários a sociedade a que pertence o advogado, quando, na procuração, esteja atendido o requisito do art. 15, § 3º, da Lei n. 8.906/1994, a saber: 'As procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte'. Sobre essa hipótese, a Primeira Turma desta Corte firmou-se no sentido de que 'o membro de uma sociedade de advogados, em regra, não está adstrito às causas oriundas desta, podendo patrocinar outras que estejam sob sua responsabilidade particular. O legislador, ao exigir referência à sociedade nas procurações a esta outorgadas, objetivou exatamente impedir que o nome da sociedade fosse utilizado para benefício de advogados particulares ou para responsabilizar aquela no lugar destes. Não pode ser entendido como serviço prestado por sociedade de advogados o caso em que a procuração foi outorgada de modo individual e sem fazer menção a vínculo dos mandatários com aquela' (REsp n. 489.087/SC, Ministro José Delgado, DJ de 09.06.2003). Nesta mesma linha de entendimento, são os seguintes julgados: REsp n. 298.882/RJ, Terceira Turma, Ministra Nancy Andrighi, DJ de 25.06.2001; ROMS n. 9.067/SP, Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ de 17.08.1998.

Há, ainda, segundo penso, outra hipótese em que a sociedade torna-se credora dos honorários: quando cessionária do respectivo crédito. Realmente, os créditos objeto ou produto de demandas judiciais podem ser objeto de cessão, antes ou no curso da execução (art. 42 do CPC), hipótese em que o cessionário torna-se 'credor', e pode, nessa condição, iniciar a execução ou nela prosseguir (CPC, art. 567, II). Sendo assim, nada impede que, exibindo o respectivo título de cessionária, a sociedade se legitime a levantar o valor dos honorários.

Estabelecidas tais premissas, e considerando que, no caso dos autos, a sociedade não foi nominada na procuração e nem se apresentou como legítima cessionária, o credor dos honorários é o advogado, devendo a ele ser entregue o respectivo valor. Pelas considerações expostas, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao recurso especial."

No caso dos autos, da análise dos documentos de fls. 21/52, depreende-se que, por ocasião da propositura da demanda, os autores outorgaram mandato para Sylvio de Abreu Júnior. Posteriormente, substabeleceu-se, com reserva de poderes, nas pessoas dos advogados Luiz Carlos Bettiol, Luiz Antônio Bettiol e Maria Luzia Fayad da Silva. Em 08.07.1999, firmou-se novo substabelecimento, fazendo constar não só o nome de outros advogados, como também da sociedade civil — Advocacia Bettiol S/C (fl. 51).

O levantamento foi requerido em nome da sociedade já que, no instrumento de mandato, a ela se fazia menção. Pouco importa, no particular, que tal mandato tenha sido conferido mediante substabelecimento. Se quem substabeleceu tem poderes para fazê-lo, o substabelecimento guarda idêntica natureza do mandato substabelecido. Aliás, essa matéria sequer está questionada na decisão recorrida.

Pelas considerações expostas, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 553.690 — DF (2003/0117186-2)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Evandro Luiz Xavier Borges Pereira

Advogados: Moacyr Amâncio de Souza e outros

Recorrida: Fundação Universidade de Brasília — FUB

Procuradores: José Carlos Pereira Paz e outros

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Transferência **ex officio** servidor militar. Lei n. 9.536/1997. Submissão a processo seletivo e a matrícula em ensino superior posteriormente ao conhecimento da remoção. Descabimento da transferência de universidade.

I - A Lei n. 9.536/1997 assegura a transferência de instituição de ensino superior ao servidor público transferido **ex officio**, ou seu dependente, garantindo, inclusive, que o aluno oriundo de instituição privada seja matriculado em universidade pública, conforme reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. No entanto, a hipótese dos autos diverge dos feitos normalmente submetidos a esta Corte, vez que o impetrante, ora recorrente, somente participou do processo seletivo e efetivou sua matrícula na instituição de ensino superior particular de origem quando já estava iniciado o seu processo de transferência para outra localidade.

II - “O art. 1º da Lei n. 9.536/1997 não beneficia servidor público ou seu dependente que se matriculou em curso universitário, após efetivada a transferência funcional.” (REsp n. 422.369/SC, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.06.2003, p. 178)

III - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília(DF), 25 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

DJ de 22.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Cuida-se de recurso especial interposto por Evandro Luiz Xavier Borges Pereira, com fulcro no art. 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que restou assim ementado, **verbis**:

“Administrativo. Ensino superior. Transferência **ex officio**. Servidor que ingressou em curso universitário após a remoção para Brasília. Instituição não congênere de ensino. Súmula n. 43 do Tribunal Regional Federal — 1ª Região.

1. “A transferência compulsória para instituição de ensino congênere, a que se refere o artigo 99 da Lei n. 8.112/1990, somente poderá ser efetivada de estabelecimento público para público ou de privado para privado, salvo a inexistência, no local de destino, de instituição de ensino da mesma natureza” (Súmula n. 43 do TRF/1ª Região).

2. Ademais, a prova dos autos revela que a transferência do impetrante, para Brasília — DF, ocorreu antes do seu ingresso em curso universitário na localidade de origem.

3. Apelação a que se nega provimento.”

Sustenta o recorrente, em síntese, que o acórdão recorrido, ao negar o direito à sua transferência compulsória, de uma instituição de ensino superior privada para uma pública, negou vigência à Lei n. 9.536/1997, que regulamentou o art. 49 da Lei n. 9.394/1996, contrariando a expressa disposição do seu artigo 1º.

Afirma também que a Lei n. 9.536/1997 não exige, em nenhum momento, que, por ocasião da transferência do servidor, o interessado já seja estudante universitário.

É o relatório.

VOTO

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

Tenho que não assiste razão ao recorrente.

A Lei n. 9.536/1997 assegura a transferência de instituição de ensino superior ao servidor público ou seu dependente transferido **ex officio**, garantindo, inclusive, que o aluno oriundo de instituição privada seja matriculado em universidade pública, conforme reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, a hipótese dos autos diverge dos feitos normalmente submetidos a esta Corte, vez que o impetrante, ora recorrente, somente participou do processo seletivo e efetivou sua matrícula na instituição de ensino superior particular de origem quando já estava iniciado o seu processo de transferência para outra localidade.

Adoto, no particular, trecho do voto condutor do acórdão vergastado:

“Anoto que o documento de fl. 24 comprova a transferência **ex officio** do impetrante para esta Capital Federal, e o documento de fl. 23, consistente em cópia do Diário Oficial em que foi publicada a transferência do impetrante é datado de 9 de outubro de 1998. Contudo, pelo que se vê à fl. 27, na declaração da Faculdade Objetivo, datada de 03.02.1999, o impetrante foi aprovado no Curso de Comunicação Social — Publicidade e Propaganda Vespertino no primeiro vestibular do ano de 1999, ou seja, *após a transferência ex officio*, acima relatada.

A transferência obrigatória, a teor do artigo 99 da Lei n. 8.112/1990, é concedida ao servidor estudante transferido de seu domicílio por interesse da Administração. Todavia, o impetrante, na época de sua remoção (09.10.1998) não ostentava a condição de estudante, somente adquirida no 1º semestre de 1999, com matrícula — inicial — em curso superior.” (Fl. 146)

Corroborando com este entendimento, trago à colação o julgado:

“Administrativo. Lei n. 9.536/1997. Transferência. Curso universitário. matrícula posterior ao conhecimento da remoção. Entidades de ensino congêneres. Dependente de militar.

— O art. 1º da Lei n. 9.536/1997 não beneficia servidor público ou seu dependente que se matriculou em curso universitário, após efetivada a transferência funcional.” (REsp n. 422.369/SC, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.06.2003, p. 178)

Também não se diga que é caso de aplicação da Teoria do Fato Consumado, eis que o recorrente não obteve nenhum provimento jurisdicional favorável a sua matrícula na instituição pública de ensino superior, não estando, portanto, matriculado na Universidade de Brasília.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 587.061 — RS (2003/0164129-2)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Márcia Pinheiro Amantea e outros

Recorrido: Frigorífico Comabem Ltda

Advogados: Marcelo André Pierdona e outro

EMENTA

Processual Civil. Tributário. INSS. Sentença declaratória do direito à compensação de valores pagos a título de **pro labore** e remuneração de autônomos. Superveniente impossibilidade de compensar. Propositura de ação executiva para haver a repetição do indébito por meio do precatório. Viabilidade. Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção. Recurso especial a que se nega provimento.

1. No atual estágio do sistema do processo civil brasileiro não há como insistir no dogma de que as sentenças declaratórias *jamaiz* têm eficácia executiva. O art. 4º, parágrafo único, do CPC considera “admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito”, modificando, assim, o padrão clássico da tutela puramente declaratória, que a tinha como tipicamente preventiva. Atualmente, portanto, o Código dá ensejo a que a sentença declaratória possa fazer juízo completo a respeito da existência e do modo de ser da relação jurídica concreta.

2. Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. E instaurar um processo de cognição sem oferecer às partes e ao juiz outra alternativa de resultado que não um, já prefixado, representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional.

3. A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido.

4. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 25.02.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, nos autos de embargos à execução opostos pelo INSS à execução de sentença declaratória de inexigibilidade da cobrança e do direito à compensação de valores recolhidos a título de contribuição previdenciária declarada inconstitucional pelo STF. Proposta a execução visando a restituição da quantia indevidamente recolhida ao Fisco, o juiz de primeiro

grau extinguiu o processo afirmando que a sentença “mera decisão declaratória não se constitui em título executivo judicial” (fl. 38). O Tribunal **a quo** deu provimento à apelação, ao fundamento de que “(...) operando o trânsito em julgado da decisão que determinou a devolução da exação indevidamente recolhida, é facultado ao contribuinte manifestar a opção de receber o respectivo crédito por meio de precatório regular ou mediante compensação (...)” (fl. 69).

Em suas razões, a ora recorrente aponta ofensa aos arts. 292, 295, parágrafo único, e 460, parágrafo único, 467, 471 e 474 do CPC, alegando, em síntese, que (a) não há título judicial, apenas sentença que declara direito exclusivo à compensação; (b) a sentença deve ser certa e não mutável; (c) a cumulação de pedidos supõe existência de compatibilidade entre eles, de sorte que, se houve pedido de compensação não poderia haver restituição do valor por meio de precatório; (d) a sentença tem conteúdo meramente declaratório, não podendo a execução atribuir-lhe natureza condenatória, pois, se assim fosse, estar-se-ia ofendendo a coisa julgada. Indica ainda dissídio jurisprudencial. A recorrida, em contra-razões, pugna pela integral confirmação do julgado, apontando paradigma desta Corte em abono à tese esposada (fls. 93/99).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. O acórdão recorrido guarda conformidade com precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção, entre os quais podem ser referidos os seguintes:

“Processual — Execução — Sentença que outorga a faculdade de compensar crédito tributário — Opção do contribuinte pelo processo executivo — CPC, art. 743, III — Falta de interesse do devedor.

I - Decisão judicial que permite ao contribuinte recuperar indébito tributário, mediante compensação. Tal decisão, longe de estabelecer forma de execução, outorgou uma faculdade ao credor: compensação não é modo de executar sentença, mas simples fenômeno pelo qual extinguem-se as dívidas simétricas.

II - Não há ofensa ao art. 743, III, do Código de Processo Civil, se o contribuinte, em lugar de levar à compensação seu crédito por exação indevida, prefere recuperá-lo em processo de execução contra o Estado.

III - A compensação é o modo mais eficaz de repetir-se tributo pago indevidamente. Em contrapartida, o processo de execução constitui método lento e doloroso de recuperar exações indevidas.

IV - Em sendo o processo de execução mais cômodo para o Estado que a compensação, carece este de interesse para recorrer contra decisão que permitiu ao contribuinte optar pela execução (REsp n. 207.998/RS, Primeira Turma, Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 21.02.2000).

“Processual Civil e Tributário. Direito à repetição do indébito via compensação assegurado por decisão transitada em julgado. Execução. Opção por restituição em espécie dos créditos via precatório. Possibilidade. Violação à coisa julgada. Ausência.

1. Operado o trânsito em julgado da decisão que determinou a repetição do indébito, é facultado ao contribuinte manifestar a opção de receber o respectivo crédito por meio de precatório regular ou compensação, eis que constituem, ambas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação.

2. Não há na hipótese dos autos violação à coisa julgada, pois a decisão que reconheceu o direito do autor à compensação das parcelas pagas indevidamente fez surgir para o contribuinte um crédito que pode ser quitado por uma das formas de execução do julgado autorizadas em lei, quais sejam, a restituição via precatório ou a própria compensação tributária.

3. Por derradeiro, registre-se que todo procedimento executivo se instaura no interesse do credor (CPC, art. 612) e nada impede que em seu curso o débito seja extinto por formas diversas como o pagamento propriamente dito — restituição em espécie via precatório, ou pela compensação.

4. Recurso especial improvido” (REsp n. 551.184/PR, Segunda Turma, Ministro Castro Meira, julgado em 21.10.2003).

2. A orientação desses precedentes deve prevalecer. Eles são mais um exemplo de que, no atual estágio do sistema do processo civil brasileiro, não há como insistir no dogma de que as sentenças declaratórias *jamaiz* têm eficácia executiva. Há sentenças, como a de que trata a espécie, em que a atividade cognitiva está completa, já que houve juízo de certeza a respeito de todos os elementos da norma jurídica individualizada. Nenhum resíduo persiste a ensejar nova ação de conhecimento. Estão definidos os sujeitos ativo e passivo, a prestação, a exigibilidade, enfim, todos os elementos próprios do título executivo. Em casos tais, não teria sentido algum — mas, ao contrário, afrontaria princípios constitucionais e processuais básicos — submeter as partes a um novo, desnecessário e inútil processo de conhecimento. É o que tivemos oportunidade de sustentar em sede doutrinária (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. 8, 2ª ed., RT, 2003, pp. 194/199; “Título Executivo e Liquidação”,

RT, 1999, pp. 101/106), bem como em estudo específico (“Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados”, Revista de Processo — Repro 109:45), cujos fundamentos principais tomamos a liberdade de reproduzir:

“A tese segundo a qual apenas sentença condenatória é título executivo, verdadeiro dogma para a maioria da doutrina, é de difícil demonstração. A dificuldade reside, desde logo, na identificação da natureza dessa espécie de sentença. Para **Liebman**, ‘a sentença condenatória tem duplo conteúdo e dupla função: em primeiro lugar, declara o direito existente — e nisto ela não difere de todas as outras sentenças (função declaratória); e, em segundo lugar faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes na ordem jurídica, mediante aplicação da sanção adequada ao caso examinado — e nisto reside a sua função específica, que a diferencia das outras sentenças’ (**Enrico Tullio Liebman**, “Processo de Execução”, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1968, p. 16). *Fazer vigorar a força coativa da sanção* não constitui, propriamente, função da sentença condenatória, mas sim da ação executiva que a ela posteriormente segue. Pois bem, conforme observou **Barbosa Moreira**, ‘se não é de efetivar a sanção que se trata na sentença condenatória, então só uma coisa é concebível que se trate: de *declarar* a sanção a que se sujeita o vencido’ (**José Carlos Barbosa Moreira**, “Reflexões...”, **cit.**, p. 76). É assim, aliás, que **Carnelutti** via a sentença condenatória: uma sentença de dupla declaração, a declaração de certeza do que *foi* e do que *devia ser* (**Francesco Carnelutti**, “*Derecho y Proceso*”, tradução de **Santiago Sentis Melendo**, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, vol. I, p. 66). **Calamandrei**, a sua vez, descreveu a sentença condenatória como a decisão ‘*mediante la cual la autoridad judicial individualizará el concreto precepto jurídico nacido de la norma, establecerá la certeza acerca de cuál ha sido y cuál habría debido ser el comportamiento del obligado y determinará, como consecuencia, los medios prácticos aptos para restablecer en concreto la observancia del derecho violado*’ (**Piero Calamandrei**, “*Instituciones de Derecho Procesal Civil*”, tradução de **Santiago Sentis Melendo**, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, vol. I, p. 142).

Todavia, conforme anotou o próprio **Calamandrei**, ‘nem todas as sentenças condenatórias pressupõem ato ilícito’, assim como ‘nem todas as sentenças que certificam o ilícito são sentenças condenatórias’ (**Piero Calamandrei**, *La condana*, **apud** ‘Opere Giuridiche’, Nápoli,

Morano Editore, 1972, 5ª vol., p. 486). Ratificando tal objeção, **Barbosa Moreira** cita como exemplo de sentença condenatória, mas ‘sem correspondência com atos ou comportamentos antijurídicos’, a da ‘condenação do litigante vencido ao pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado do vencedor, nos sistemas que prevêem como corolário do mero fato do sucumbimento’ (**José Carlos Barbosa Moreira**, “Reflexões...”, **cit.**, p. 74). Cita outrossim as ‘hipóteses em que se permite ao juiz proferir, antes de vencida a obrigação, sentença idônea para constituir, se o réu não a cumprir **sponte sua**, título executivo para o autor vitorioso’ (**José Carlos Barbosa Moreira**, “Reflexões...”, **cit.**, p. 75). Poder-se-ia referir outros exemplos, como o das sentenças homologatórias de conciliação ou de transação, que, em nosso sistema, constituem título executivo, inclusive, se for o caso, em favor do réu, e que têm por conteúdo, às vezes, direitos que sequer foram objeto da demanda. Em tais situações certamente não há juízo sobre ilícito ou sua sanção. Não é a aplicação da sanção a um ilícito, portanto, a nota característica da executividade dessa espécie de sentença.

Calamandrei busca superar tais objeções sustentando que a característica da sentença condenatória não está na aplicação ou na declaração da sanção. ‘Somente há condenação’, diz ele, ‘quando, por força da sentença, o vínculo obrigacional é substituído por um vínculo de sujeição. A transformação da obrigação em sujeição, esta me parece ser verdadeiramente a função específica da condenação’. E acrescenta: ‘pode-se dizer que a função da sentença de condenação é a de constituir aquele estado de sujeição, por força do qual o condenado é posto a mercê dos órgãos executivos e submetido a suportar passivamente a execução forçada como um mal inevitável’ (**Piero Calamandrei**, ‘*La condana*’, **cit.**, p. 492).

Ocorre que o estado de sujeição a que se refere **Calamandrei** é próprio de qualquer título executivo, inclusive dos extrajudiciais, e não apenas da sentença condenatória. Ele não é, portanto, ‘constituído’ pelo ato sentencial. É, antes, consequência natural da norma jurídica substanciada no título executivo, mais especificamente do enunciado da perinorma, que estabelece a sanção jurídica para a hipótese de descumprimento. Aliás, esta mesma objeção pode ser colocada à doutrina de **Liebman**, quando sustenta que a sanção à violação do direito é *constituída* pela sentença condenatória, e daí a razão de ser ela, no seu entender, pré-requisito indispensável à execução forçada. Também a sanção

jurídica decorre da norma, e não da sentença. Esta, no máximo, a identifica e declara.

Com efeito, a sanção jurídica, assim considerada como a reação do direito à inobservância ou à violação das suas normas, não só está prevista no preceito normativo, como também constitui um dos seus elementos essenciais, o da perinorma (ou norma secundária), cujo destinatário é o órgão estatal encarregado de prestar jurisdição. ‘O que se chama de sanção’, diz **Bobbio**, ‘outra coisa não é senão o comportamento que o juiz deve ter em uma determinada circunstância’ (**Norberto Bobbio**, “*Teoria General de Derecho*”, tradução de **Jorge Guerrero R.**, 2ª ed., Santa Fé de Bogotá, Colômbia, Temis, 1992, p. 125). Atribuir ao lesado a faculdade de exigir a prestação jurisdicional é, portanto, qualidade inerente à própria norma jurídica. É justamente essa *atributividade* ou, como preferem alguns, esse *autorizamento* (**Goffredo Telles Júnior**, “Direito Quântico”, São Paulo, Ed. Max Limound, p. 263), a mais marcante diferença entre a norma jurídica e as outras normas de conduta: ‘a essência específica da norma jurídica é o autorizamento, porque o que compete a ela é autorizar ou não o uso dessa faculdade de reação do lesado. A norma jurídica autoriza que o lesado pela violação exija o seu cumprimento ou a reparação pelo mal causado’ (**Maria Helena Diniz**, “Compêndio de Introdução à Ciência do Direito”, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 341). ‘A norma jurídica *permite* que o lesado pela violação dela exija o cumprimento dela’, escreveu **Goffredo Telles Júnior**, acrescentando: ‘em virtude do autorizamento, o lesado pode, com fundamento jurídico, completar sua interação com quem o prejudicou. Após a *ação violadora* da norma jurídica, a própria norma violada autoriza e permite a reação competente’ (**Goffredo Telles Júnior**, “Direito Quântico”, **cit.**, p. 263). Esse é, aliás, o elemento distintivo por excelência entre a norma jurídica e as demais normas de conduta: a aptidão para atribuir ao lesado a faculdade de exigir o seu cumprimento forçado. Segundo a lição clássica de **Luis Recasens Siches**, ‘*en el Derecho, cabalmente la posibilidad predeterminada de esa ejecución forzada, de la imposición inexorable de lo determinado en el precepto jurídico, incluso por medio de poder físico, constituye un ingrediente esencial de éste. La sanción jurídica, como ejecución forzada de la conducta mandada en el precepto (...), o como ejecución forzada de una conducta sucedánea de reparación o compensación, o como retribución de una infracción consumada ya irremediable — pena — constituye un elemento esencial de la*

norma jurídica' (**Luis Recasens Siches**, “*Estudios de Filosofía del Derecho*”, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1936, p. 128. No mesmo sentido: **Maria Helena Diniz**, “Compêndio”, **cit.**, p. 341).

É equívoco, portanto, afirmar que a sentença condenatória, ou outra sentença qualquer, é *constitutiva* da sanção ou do estado de sujeição aos atos de execução forçada. Não é esta, conseqüentemente, a justificação para a força executiva dessa espécie de sentença. Sua executividade decorre, isto sim, da circunstância de se tratar de sentença que traz identificação *completa* de uma norma jurídica individualizada, que, por sua vez, tem em si, conforme se viu, a força de autorizar a pretensão à tutela jurisdicional. Se há ‘identificação completa’ da norma individualizada é porque a fase cognitiva está integralmente atendida, de modo que a tutela jurisdicional *autorizada* para a situação é a executiva.

Ocorre que tais virtudes e características não são exclusivas da sentença condenatória, podendo ser encontradas em outros provimentos jurisdicionais, inclusive em certas sentenças declaratórias. Veja-se.

(...)

A ação puramente declaratória, e, portanto, a sentença que nela vier a ser proferida, tem por objeto, segundo o artigo 4º do CPC, a declaração ‘da existência ou inexistência de relação jurídica’ ou ‘da autenticidade ou falsidade de documento’. Segundo os padrões tradicionais, não compõe seu objeto o juízo a respeito da violação da norma individualizada ou da sanção correspondente. A declaração de certeza, nestas ações, refere-se, como ensinava **Calamandrei**, ao preceito primário (*‘no transgredido todavía, pero incierto’*) e não ao mandado sancionatório (**Piero Calamandrei**, *‘Instituciones...’*, **cit.**, pp. 152 e 168).

Nesse pressuposto, identificada a relação entre o objeto da ação puramente declaratória e a norma primária (enunciado endonormativo), conclui-se que nela não se faz juízo sobre a sanção (enunciado da perinorma), do que somente se poderia cogitar caso já tivesse havido violação. Por isso mesmo, aliás, a doutrina clássica a respeito das lides que fazem surgir interesse de mera declaração assinala o *caráter preventivo* da correspondente tutela jurisdicional. Não são lides de dano, mas de probabilidade de dano, dizia **Carnelutti**, e têm origem, não no descumprimento da obrigação, mas sim na dúvida a respeito da *existência* da relação jurídica, ou do seu *modo de ser* ou, quem sabe, do *conteúdo* da prestação ou da sanção que, no futuro, poderá ser exigida. Evidencia-

se, assim, que, em regra, na sentença puramente declaratória há enunciação de certeza sobre *um ou mais de um dos elementos da norma jurídica concreta*, mas não sobre o seu todo (endonorma e perinorma), nem, especialmente, sobre a existência de uma prestação *exigível*.

Assim entendida tal espécie de sentença, faz sentido afirmar, na linha do pensamento clássico, que elas não constituem títulos executivos, e se acrescenta — também sob influência desses mesmos padrões —, que apenas as sentenças condenatórias, que trazem identificação completa da norma individualizada, podem servir de base à execução. O Código de Processo Civil de 1939 refletia justamente essa doutrina, quando dispunha, no seu artigo 290, que ‘na ação declaratória, a sentença que passar em julgado valerá como preceito, mas a execução do que houver sido declarado somente poderá promover-se em virtude de sentença condenatória’.

Ocorre que o Código de 1973, no parágrafo único do artigo 4º, trouxe dispositivo inovador: ‘é admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito’. Ao assim estabelecer, dá ensejo a que a sentença, agora, possa fazer juízo, não apenas sobre o preceito da endonorma (mandado primário não transgredido), mas também sobre o da perinorma (mandado sancionatório), permitindo, nesse último caso, juízo de definição inclusive a respeito da *exigibilidade* da prestação devida. Sentença de tal conteúdo representa, sem dúvida, um comprometimento do padrão clássico de tutela puramente declaratória (como tutela tipicamente *preventiva*), circunstância que não pode ser desconsiderada pelo intérprete.

Ora, se tal sentença traz definição de certeza a respeito, não apenas da existência da relação jurídica, mas também da exigibilidade da prestação devida, não há como negar-lhe, categoricamente, eficácia executiva. Conforme assinalado anteriormente, ao legislador ordinário não é dado negar executividade à norma jurídica concreta, certificada por sentença, se nela estiverem presentes todos os elementos identificadores da obrigação (sujeitos, prestação, liquidez, exigibilidade), pois isso representaria atentado ao direito constitucional à tutela executiva, que é inerente e complemento necessário do direito de ação. Tutela jurisdicional que se limitasse à cognição, sem as medidas complementares necessárias para ajustar os fatos ao direito declarado na sentença, seria tutela incompleta. E, se a norma jurídica individualizada está definida, de modo completo, *por sentença*, não há razão alguma, lógica ou jurídica

ca, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. Instaurar a cognição sem oferecer às partes e principalmente ao juiz outra alternativa de resultado que não *um já prefixado* representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional. Portanto, repetimos: não há como negar executividade à sentença que contenha definição completa de norma jurídica individualizada, com as características acima assinaladas. Talvez tenha sido esta a razão pela qual o legislador de 1973, que incluiu o parágrafo único do artigo 4º do CPC, não tenha reproduzido no novo Código a norma do art. 290 do CPC de 1939.

Interpretação sistemática do Código, especialmente depois das reformas que lhe foram impostas a partir de 1994, permite que se vá mais longe. Imagine-se sentença que, em ação declaratória, defina, com força de coisa julgada, que a entrega de certa quantia de Pedro para Paulo foi a título de mútuo, e não de doação, e que o prazo para devolvê-la deve ocorrer (ou já ocorreu) em determinada data; ou que a ocupação do imóvel de Joana por Maria não é a título de comodato, mas de locação, e que o valor mensal do aluguel é de R\$ 300,00, pagáveis no dia 30 de cada mês. Há, em tal sentença, como se percebe, definição de norma jurídica individualizada, contendo obrigação de pagar quantia certa. Se a definição dessa mesma norma estivesse representada em documento particular assinado pelas partes e por duas testemunhas, ela constituiria título executivo, nos termos do inciso II do art. 585 do CPC. Igualmente, se a definição decorresse de documento firmado perante tabelião. Também teria força executiva se tivesse sido definida por autocomposição (transação) referendada pelo Ministério Público, ou pela Defensoria Pública ou, ainda, pelos advogados dos transatores. Ora, nos exemplos dados, a norma individualizada e a relação jurídica correspondente têm grau de certeza muito mais elevado: elas foram definidas em processo de que participaram não apenas as partes, mas também os seus advogados, e, sobretudo, o próprio Estado-juiz, dando ao ato certeza oficial. Nessas circunstâncias, negar força de título executivo a esta espécie de sentença seria atentar contra o sistema processual, sua lógica e os valores nele consagrados.

Não parece procedente, portanto, a afirmação de que as sentenças declaratórias *jamais* podem servir de base à execução forçada.

(...)

Pode-se afirmar, em conclusão, que: a) o título executivo é a representação documental de uma norma jurídica individualizada, contendo obrigação líquida, certa e exigível, de entregar coisa, ou de fazer, ou de não fazer, ou de pagar quantia em dinheiro, entre sujeitos determinados; b) a sentença civil condenatória é título executivo porque contém definição completa de norma jurídica individualizada com aquele conteúdo; c) não se pode afirmar, contudo, que apenas essa sentença tem eficácia executiva, já que o sistema processual confere executividade a outros provimentos jurisdicionais sem natureza condenatória; d) não procede a afirmação de que a sentença meramente declaratória jamais é título executivo; ela terá força executiva quando contiver certificação de todos os elementos de uma norma jurídica concreta, relativa à obrigação com as características acima referidas.”

3. No caso dos autos, conforme reconhecido, a sentença declaratória contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada, reconhecendo que a prestação atende até mesmo as condições para ser compensada com outra dívida fiscal. Ora, submeter o contribuinte a nova ação cognitiva como condição para receber o pagamento significaria, conforme sustentado, atividade jurisdicional desnecessária e inútil, incompatível com o princípio constitucional da coisa julgada e com a própria razão de ser da função jurisdicional. Por tais razões, voto pelo improvimento do recurso.

É o voto.
