

Jurisprudência da Primeira Turma



**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO  
N. 485.029 — RJ (2002/0161479-6)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Agravante: Fazenda Nacional

Procuradores: Maria Dione de Araújo Felipe e outros

Agravada: White Martins Investimentos Ltda

Advogados: Daniela Inglez de Sousa Borges e outros

**EMENTA**

Processual Civil. Intimação pessoal. Termo inicial de contagem do prazo recursal. Regra prevista nos arts. 240 e 242 do CPC.

1. Intimado o Ministério Público ou a Advocacia Geral da União pessoalmente, o prazo para interposição de eventual recurso conta-se da data da intimação, segundo a regra geral estabelecida nos artigos 240 e 242 do Código.

2. A “intimação pessoal”, distingue-se da “intimação por oficial de justiça”, referida no art. 241, II, do CPC. Esta última, que se efetiva por mandado, ocorre somente em casos excepcionais, como o previsto no art. 239. Já a intimação pessoal não depende de mandado, nem de intervenção do oficial de justiça. Ela se perfectibiliza por modos variados, previstos no Código ou na praxe forense, mediante a cientificação do intimado pelo próprio escrivão, ou pelo chefe de secretaria (art. 237, I, e art. 238, parte final, do CPC), ou mediante encaminhamento da ata da publicação dos acórdãos, ou, o que é mais comum, mediante a entrega dos autos ao intimado ou a sua remessa à repartição (Ministério Público ou Advocacia da União). Nenhuma destas providências depende de intervenção do oficial de justiça ou de expedição de mandado. Assim, mesmo quando, eventualmente, o executor delas seja um oficial de justiça, nem assim se poderá considerar alterada a natureza da intimação, que, para os efeitos legais, continua sendo “pessoal” e não “por oficial de justiça”.

3. Agravo regimental 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 agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Rela-

tor. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

---

Publicado no DJ de 13.10.2003

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de agravo regimental interposto pela Fazenda Nacional contra decisão monocrática proferida pelo Ministro Paulo Medina que negou provimento ao agravo de instrumento ante a sua interposição extemporânea.

Sustenta a Agravante que, intimada pessoalmente nos termos do art. 6º da Lei n. 9.028/1995, o prazo recursal somente começou a fluir a partir da juntada aos autos do respectivo mandado cumprido, nos termos do art. 241, II, do CPC.

Pede reforma da decisão agravada.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): Trata-se de definir o termo inicial do prazo recursal nos casos em que a recorrente tem, por determinação de lei, a prerrogativa de ser intimada pessoalmente. É o caso do Ministério Público (“art. 236, § 2º, do CPC — “A intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente.”) e da Advocacia Geral da União (Lei n. 9.028/1995, art. 6º: “A intimação de membro da Advocacia Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente. § 1º O disposto neste artigo se aplica aos representantes judiciais da União designados na forma do art. 69 da Lei Complementar n. 73, de 1993.” § 2º As intimações a serem concretizadas fora da sede do juízo serão feitas, necessariamente, na forma prevista no art. 237, inciso II, do Código de Processo Civil.”)

Sobre o termo inicial da contagem do prazo recursal, nesses casos, há nesta Corte duas orientações conflitantes. A primeira delas afirma que, intimado pessoalmente do ato processual, começa a fluir o prazo para interposição de eventual recurso da data da intimação; e a segunda corrente segue o entendimento no sentido de que, por se tratar de ato complexo, a intimação somente se aperfeiçoa com juntada aos autos do mandado cumprido, conforme determinação expressa do art. 241, II, do CPC.

A primeira orientação, no meu entender, é a que deve ser prestigiada, porque segue a regra geral estabelecida nos artigos 240 e 242 do Código:

“Art. 240. Salvo disposição em contrário, os prazos para as partes, para a Fazenda Pública e para o Ministério Público contar-se-ão da intimação.”

“Art. 242. O prazo para a interposição de recurso consta-se da data, em que os advogados são intimados da decisão, da sentença ou do acórdão.”

Não se pode confundir “intimação pessoal”, aludida nos dispositivos antes transcritos, com a “intimação por oficial de justiça”, referida no art. 241, II, do CPC. Esta última, que se efetiva por mandado, ocorre somente em casos excepcionais, como o previsto no art. 239. Já a intimação pessoal não depende de mandado, nem de intervenção do oficial de justiça. Ela se perfectibiliza por modos variados, previstos no Código ou na praxe forense, como, por exemplo, mediante a cientificação do intimado pelo próprio escrivão, ou pelo chefe de secretaria (art. 237, I, e art. 238, parte final, do CPC), ou mediante encaminhamento da ata da publicação dos acórdãos, ou, o que é mais comum, mediante a entrega dos autos ao intimado ou a sua remessa à repartição a que pertence (Ministério Público ou Advocacia da União). Nenhuma dessas providências depende de intervenção do oficial de justiça ou de expedição de mandado. Assim, mesmo quando, eventualmente, o executor delas seja um oficial de justiça, nem assim se poderá considerar alterada a natureza da intimação, que, para os efeitos legais, continua sendo “pessoal” e não “por oficial de justiça”.

Assim, delineada a distinção, não se pode pretender que, efetuada a intimação pessoal, seja o prazo contado como se fosse intimação por oficial de justiça. A regra aplicável, como se afirmou, é a que decorre dos artigos 240 e 242 do CPC. Correta, portanto, a orientação adotada, entre outros, nos seguintes precedentes desta Corte:

“Processual Civil. Execução fiscal. Prazo para impugnação aos embargos do devedor. Intimação da Fazenda Pública.

1. A Fazenda Pública deve ser intimada pessoalmente e o termo inicial do prazo para a oposição de embargos começa a fluir a partir da data em que seu representante foi intimado.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Agravo sem provimento”. (AgRg no REsp n. 273.718/PR, Primeira Turma, Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 23.09.2002)

“Processual Civil. Recurso especial. Limites normativos. Apreciação de matéria constitucional. Inadequação da via eleita. Prequestionamento. Ausência. Aplicação das Súmulas ns. 282 e 356/STF Marco inicial de contagem do

prazo. União. Intimação pessoal. Arts. 240 e 242 do Código de Processo Civil. Precedentes.

I - (Omissis).

II - (Omissis).

III - Consoante já se manifestou esta Corte, nos termos dos arts. 240 e 242 do Código de Processo Civil, intimada pessoalmente a União, o prazo para recorrer começa a contar a partir da cientificação, e não da juntada aos autos do mandado. Precedentes.

IV - Agravo interno desprovido. (AgRg no Ag n. 487.975/RJ, Quinta Turma, Min. Gilson Dipp, DJ de 02.06.2003).

“Agravo em agravo de instrumento. Processual Civil. União. Intimação pessoal. Prazo recursal. Termo inicial.

O prazo recursal da União começa a correr da data da sua intimação na pessoa do procurador, e não da juntada aos autos do respectivo mandado cumprido. Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 491.910/RJ, Sexta Turma, Min. Paulo Medina, DJ de 23.06.2003)

“Execução fiscal. Necessidade de intimação pessoal da Fazenda Pública. Inteligência do art. 15, da Lei n. 6.830/1980. Não-conhecimento do recurso especial. Pela não-impugnação tempestiva do fundamento adotado para decidir o mérito e por versar o mesmo sobre matéria de prova. Aplicação da Súmula n. 7/STJ.

1. A intimação da Fazenda Pública, nos processos de execução fiscal e seus incidentes, deve ser feita na forma pessoal como preconiza o art. 25 da Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal), sob pena de sua não-convalidação. Neste caso, a contagem do prazo para a prática dos atos processuais pela Fazenda Pública dar-se-a a partir do momento em que ocorrer a sua intimação pessoal.

2. (Omissis).

3. Não-conhecimento do recurso especial.” (REsp n. 160.527/RS, Primeira Turma, Min. José Delgado, DJ de 25.05.1998).

No caso dos autos, levando-se em consideração o termo **a quo** do prazo a data de intimação efetivada em 21.03.2001, data em que a Procuradora da Fazenda teve ciência do acórdão, evidencia-se a intempestividade do recurso, protocolado em 21.05.2001, já que o prazo legal, contado em dobro (art. 188 do CPC), encerrou-se em 20.04.2001.

Aliás, ainda que a outra orientação vingasse, o recurso, aqui, seria intempestivo. A própria Agravante aduz que, findado o prazo em 19 de maio de 2001, sexta-feira, este seria prorrogado para a próxima segunda-feira — 21 de maio do mesmo ano. Tal argumento contraria o disposto no art. 184, **caput**, segundo o qual, para a contagem dos prazos para a prática de atos processuais, aplica-se a regra da exclusão do dia do início e inclusão do dia final.

Pelas considerações expostas, nego provimento ao presente agravo regimental.

É como voto.

---

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL  
NO RECURSO ESPECIAL N. 330.031 — SP (2001/0074101-0)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Aylton Marcelo Barbosa da Silva e outros

Agravados: Ecydir Denys Giachetto e outros

Advogados: José Mussi Neto e outro

**EMENTA**

Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Embargos de retenção por benfeitorias. Execução. Ação de nulidade. Adjudicação de imóvel. Impossibilidade. Não-discussão. Processo de conhecimento. Reexame fático. Súmula n. 7/STJ. Fundamento inatacado. Súmula n. 283/STF.

I - No teor da jurisprudência desta Corte, não é cabível a interposição de embargos de retenção por benfeitorias em fase de execução, eis que o direito de retenção deveria ter sido postulado na ação de conhecimento.

II - Quanto à inexistência do título, à falta de interesse de agir e à ilegitimidade das partes, a análise do recurso especial resta prejudicada quando enseja o reexame do substrato fático contido nos autos, uma vez que teríamos que adentrar no exame dos elementos de convicção que serviram de fundamento para o juízo decidir manter a sentença recorrida, o que é vedado pela Súmula n. 07/STJ.

III - Possuindo o acórdão recorrido fundamento suficiente, no sentido de que não cabem embargos de retenção quando não seguro o Juízo, com o depósito da coisa, bem como quando não postulado o direito de retenção no processo de conhecimento e, não tendo o recorrente enfrentado tais razões, incide o Óbice Sumular n. 283 do Pretório excelso.

IV - Agravo regimental improvido.

### ACÓRDÃO

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

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

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

---

Publicado no DJ de 20.10.2003

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, contra decisão que proferi negando seguimento ao recurso especial em epígrafe, sob o fundamento de que, quanto à inexigibilidade do título, à falta de interesse de agir e à ilegitimidade das partes, não cabe o reexame fático-probatório dos autos; que não é cabível a interposição de embargos de retenção no processo de execução, eis que o mesmo deveria ter sido postulado na ação cognitiva; e de que as questões relativas ao não-cabimento de embargos de retenção quando não seguro o Juízo, com o depósito da coisa, bem como quando não postulado o direito de retenção no processo de conhecimento, não foram enfrentadas pela ora agravante em suas razões de recurso especial, incidindo-se, pois, a Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal.

Sustenta a agravante, em síntese, que não há que se falar em reexame de provas no presente caso, porquanto o suporte fático não é discutido nos autos, tão-somente o ordenamento jurídico sobre esses fatos. Aduz que o entendimento deste Tribunal é no sentido de ser cabível a postulação dos embargos de retenção na

execução, mesmo que não tenha sido formulado no processo de conhecimento. Por último, alega que todos os fundamentos do acórdão hostilizado foram enfrentados.

Em mesa, para julgamento.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tendo que o presente agravo não merece provimento, em face das razões que sustentam a decisão recorrida, a qual possui o seguinte teor, **litteris**:

“Trata-se de agravo regimental interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão de fl. 262, pela qual neguei seguimento ao recurso especial em epígrafe, em razão da intempestividade deste.

Sustenta a agravante que, tendo o acórdão sido publicado no dia 19.01.2001, considera-se como a publicação tendo ocorrido no primeiro dia útil posterior às férias forenses, sendo, com isso, tempestivo o recurso especial.

Relatados. Decidido.

De fato, a publicação do acórdão recorrido foi realizada durante as férias forenses, em 19.01.2001, em processo que não corre nas férias. Portanto, considera-se efetivada no primeiro dia útil subsequente às férias e o prazo somente começa a correr do primeiro dia útil após a intimação, a teor do disposto nos artigos 173 e 184, § 2º, do CPC. Com isso, é tempestivo o recurso especial interposto no dia 05.03.2001, porquanto considerou-se como tendo sido publicado o acórdão em 1º.02.2001, começando a contar o prazo recursal a partir de 02.02.2001.

Destarte, reconsidero a decisão de fl. 262 e passo ao exame do mérito do recurso especial.

Primeiramente, no que tange à inexigibilidade do título, à falta de interesse de agir e à ilegitimidade das partes, verifico que o acórdão recorrido manifestou-se com base nos fatos e provas carreadas ao autos e rever tal posicionamento demandaria reavaliar estes elementos, o que é defeso ante a Súmula n. 7 desta Corte.

No ponto, vejamos fragmentos do acórdão recorrido, os quais reforçam este entendimento, **verbis**:

“Ademais, essa questão não pode mais ser objeto de apreciação posto acobertada pela coisa julgada diante do que ficou decidido na ação principal de anulação.” (Fl. 193)

Frise-se, por oportuno, que a hipótese em tela, não se cuida de valoração de prova, o que é viável no âmbito do recurso especial, mas de reapreciação da prova buscando sufragar reforma na convicção do julgado sobre o fato, para, **in casu**, se ter como não provado o que o Tribunal **a quo** afirmou estar.

Nesse diapasão, transcrevo trecho de decisão exarada no AgRg n. 270.026/SP Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 24.02.2000, **verbis**:

“Na verdade, o acórdão decorreu de convicção formada pela Turma Julgadora ante as provas existentes no processo, e as razões justificativas do recurso atêm-se a uma perspectiva de reexame dessas provas. A esse objetivo, todavia, não se presta o recurso, de acordo com a doutrina e com a Súmula n. 7 do STJ. Com efeito, inadmissível a reapreciação da prova produzida nos autos, e esta se dá, diferenciando-se da valorização da prova, “quando se aprecia a conclusão que se extrai dos elementos probatórios” (RTJ 81/964), ou quando se refere “à força de convicção dos elementos probatórios, concretamente” (RTJ 82/414), situação essa perfeitamente adequada ao caso, tornando inviável o recurso.”

Quanto ao mérito, entendo que não cabem os embargos de retenção por benfeitorias em fase de execução, eis que o direito de retenção deveria ter sido postulado na ação de conhecimento.

Nesse sentido, encontra-se a jurisprudência desta Corte, conforme pode-se depreender dos seguintes julgados, **litteris**:

“Embargos de retenção por benfeitorias. Ação de reintegração de posse. Questão não discutida na demanda principal. Liminar cumprida. Desocupação do imóvel.

— Tratando-se de ação possessória, dada a sua natureza executiva, o direito à indenização e retenção por benfeitorias deve ser discutido previamente na fase de conhecimento. Providência não tomada pelo interessado.

— Embargos de retenção prejudicados, em face da desocupação do imóvel por força de cumprimento de liminar.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 232.859/MS, DJ de 20.08.2001, Relator Ministro Barros Monteiro, p. 47, RSTJ, vol. 154, p. 422).

“Recurso especial. Ação de rescisão de termo de recebimento do imóvel cumulada com pedido de reintegração de posse. Embargos de retenção. Cerceamento do direito de defesa. Revelia. Prejudicialidade.

1. Em se tratando de ação também possessória, cuja executividade depende apenas da expedição do respectivo mandado de reintegração, o direito à indenização e retenção por benfeitorias deve ser discutido na fase de conhecimento, sob pena de preclusão, e não nos embargos de retenção.

2. O julgamento antecipado da lide se faz necessário quando a solução da causa decorrer de questão meramente de direito, hipótese dos autos, não se podendo falar em cerceamento do direitos de defesa.

3. Discussão a respeito da existência, ou não, de revelia prejudicada, eis que em nada alterara o resultado da demanda.

4. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 54.780/DF, Relator Ministro Carlos Alberto Meneses Direito, DJ de 19.05.1997, p. 20.628)

“Reintegração de posse. Embargos de retenção por benfeitorias. Tais embargos não cabem na ação possessória (em razão de sua natureza). Se o direito de retenção não foi anteriormente reconhecido. Esse direito há de ser pleiteado na resposta ao pedido possessório. Pena de preclusão. Precedente do STJ: REsp n. 14.138. Hipótese em que não houve nem ofensa ao art. 744 do Cód. de Proc. Civil nem dissídio jurisprudencial. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 46.218/GO, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 05.12.1994, p. 33.557, RSTJ, vol. 75, p. 357)

Ademais, mesmo se assim não fosse, o acórdão recorrido, além da questão já enfrentada por este recurso especial, aplicando-se a Súmula n. 7 desta Corte, teve como razão de decidir os seguintes fundamentos: que não cabem embargos de retenção quando não seguro o Juízo, com o depósito da coisa, bem como quando não postulado o direito de retenção no processo de conhecimento. Contudo, a ora agravante não atacou as referidas razões, motivo pelo qual incide, na espécie, a Súmula n. 283 do Pretório excelso, que assevera, **verbis**:

“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Tais as razões expendidas, reconsidero a decisão de fl. 262, para considerar a tempestividade do apelo extremo e, no mérito, nego seguimento ao presente recurso especial, com fundamento no art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil c.c. o art. 34, XVIII, do RISTJ e o art. 38, da Lei n. 8.038/1990.”

Destarte, não tendo a agravante, em seus argumentos conseguido infirmar o referido entendimento, não vejo como reformar o decidido.

Isto posto, nego provimento ao presente agravo regimental.

É o meu voto.

---

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL  
N. 503.175 — RS (2003/0025669-3)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravantes: Empresa Brasileira de Vigilância Ltda — EBV e outro

Advogados: João Batista Xavier da Silva e outros

Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Patricia Helena Bonzanini e outros

Agravados: Serviço Social do Comércio — Sesc/RS e outro

Advogados: Vinicius Guimarães de Barros Pires da Silva e outros

**EMENTA**

Tributário. Contribuições para o Sesc e o Senac. Empresa prestadora de serviços. Inclusão. Plano sindical. Confederação Nacional do Comércio. Precedentes do STJ.

I - A egrégia Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 431.347/SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 25.11.2002, manifestou-se no sentido de que as empresas prestadoras de serviços estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, a contribuição relativa ao Sesc/Senac, porquanto enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, consoante a classificação do artigo 577 da CLT e seu anexo.

II - Agravo regimental improvido.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros

Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

---

Publicado no DJ de 20.10.2003

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto por Empresa Brasileira de Vigilância Ltda — EBV e outro, contra decisão que proferiu negando seguimento ao recurso especial em epígrafe, pela qual entendi que as empresas prestadoras de serviços estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, a contribuição relativa ao Sesc/Senac, porquanto enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, consoante a classificação do artigo 577 da CLT e seu anexo.

Sustentam os agravantes, em síntese, que “não basta haver o enquadramento sindical como comerciante para legitimar-se o recolhimento das contribuições sindicais; pelo contrário, são os objetos sociais das empresas que vão legitimar ou não o enquadramento. Se este estiver inadequado, cabe, evidentemente, a sua contrariedade, como fazem os Recorrentes.”

Em mesa, para julgamento.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que o presente agravo não merece provimento, em face das razões que sustentam a decisão recorrida.

Com efeito, é do seguinte teor a decisão agravada, **verbis**:

“Trata-se de recurso especial interposto por Empresa Brasileira de Vigilância Ltda — EBV e outro, 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**:

“Tributário. Contribuições para o Sesc e Senac. Empresa incluída no grupo da Confederação Nacional do Comércio.

São devidas contribuições para o Sesc e Senac por empresa que explora o ramo de segurança, vigilância e limpeza, tendo em vista estar incluída no grupo subordinado à Confederação Nacional do Comércio.

Apelação improvida.” (Fl. 626)

Sustentam os recorrentes violação aos arts. 3º do Decreto-Lei n. 9.853/1946 e 4º do Decreto-Lei n. 8.621/1946, bem como divergência jurisprudencial com julgados deste e de outros Tribunais, aduzindo, em síntese, que não cabe a cobrança de contribuição ao Sesc e Senac, eis que é empresa prestadora de serviços, não havendo nenhum comerciário em seu quadro de pessoal.

Relatados. Decido.

Tenho que a pretensão dos recorrentes não merece guarida.

Vinha entendendo que as empresas prestadoras de serviços não possuem característica tipicamente comercial, sendo, portanto, inviável a cobrança da contribuição relativa ao Sesc e Senac.

No entanto, a egrégia Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 431.347/SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 25.11.2002, manifestou-se no sentido de que as empresas prestadoras de serviços estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, a contribuição relativa ao Sesc/Senac, porquanto enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, consoante a classificação do artigo 577 da CLT e seu anexo.

Destarte, ressaltando meu ponto de vista pessoal sobre a matéria, passo a aderir à posição adotada pela egrégia Primeira Seção.

Sobre o assunto, destaco, ainda, os seguintes julgados, **verbis**:

“Tributário. Contribuições ao Sesc e ao Senac. Prestadoras de serviços. Alteração no posicionamento da Primeira Seção do STJ. REsp n. 431.347/SC. Unânime.

1. As empresas prestadoras de serviços estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório contribuição para o Sesc e para o Senac, porquanto enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, consoante a classificação do artigo 577 da CLT e seu anexo, recepcionados pela Constituição Federal (art. 240) e confirmada pelo seu guardião, o STF, a assimilação no organismo da Carta Maior.

2. As contribuições referidas visam a concretizar a promessa constitucional insculpida no princípio pétreo da “valorização do trabalho humano” encartado no artigo 170 da Carta Magna (“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, (...)”).

3. As prestadoras de serviços que auferem lucros são, inequivocamente estabelecimentos comerciais, quer por força do seu ato constitutivo, oportunidade em que elegeram o regime jurídico próprio a que pretendiam se submeter, quer em função da novel categorização desses estabelecimentos, à luz do conceito moderno de empresa.

4. O Sesc e o Senac têm como escopo contribuir para o bem-estar social do empregado e a melhoria do padrão de vida do mesmo e de sua família, bem como implementar o aprimoramento moral e cívico da sociedade, beneficiando todos os seus associados, independentemente da categoria a que pertençam.

5. À luz da regra do art. 5<sup>o</sup>, da LICC — norma supralegal que informa o direito tributário, a aplicação da lei, e nesse contexto a verificação se houve sua violação passa por esse aspecto teleológico-sistêmico — impondo-se considerar que o acesso aos serviços sociais, tal como preconizado pela Constituição é um “direito universal do trabalhador”, cujo dever correspectivo é do empregador no custeio dos referidos benefícios.

6. Consectariamente, a natureza constitucional e de cunho social e protetivo do empregado, das exações **sub judice**, implica que o empregador contribuinte somente se exonere do tributo, quando integrado noutra serviço social, visando evitar relegar ao desabrigo os trabalhadores do seu segmento, em desigualdade com os demais, gerando situação anti-isonômica e injusta.

7. A pretensão de exoneração dos empregadores quanto à contribuição compulsória em exame, recepcionada constitucionalmente, em benefício dos empregados, encerra arbítrio patronal, mercê de gerar privilégio abominável aos que através da via judicial pretendem dispor daquilo que pertence aos empregados, deixando à calva a ilegitimidade da pretensão deduzida.

8. Agravo regimental improvido” (AgRg no REsp n. 438.724/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 17.03.2003, p. 186).

“Tributário — Contribuição social para o Sesc e o Senac — Empresas prestadoras de serviços de vigilância e segurança — CLT, art. 577 — Enquadramento sindical — Confederação Nacional do Comércio — Precedentes.

— O art. 577 da CLT foi recepcionado pela nova Carta, reafirmando sua eficácia plena.

— As empresas prestadoras de serviços de vigilância e/ou segurança incluem-se entre as categorias econômicas e profissionais criadas na Confederação Nacional do Comércio e, portanto, inseridas no Quadro Anexo ao art. 577 da CLT.

— As referidas empresas devem, portanto, a título obrigatório, recolher a contribuição para o Sesc e o Senac, já que enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio.

— Recurso especial não conhecido” (REsp n. 449.786/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 10.03.2003, p. 174).

Tais as razões expendidas, nego seguimento ao presente recurso especial, com fulco no art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil.”

Destarte, não tendo os agravantes, em seus argumentos, conseguido infirmar o referido entendimento, não vejo como reformar o decidido.

Isto posto, nego provimento ao presente agravo regimental.

É o meu voto.

---

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL  
N. 505.528 — PR (2003/0027814-0)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Gavea Confecções Indústria e Comércio Ltda — Massa Falida

Representada por: Ulysses Aires Mercer — Síndico

Advogados: Frederico de Moura Theophilo e outro

Agravada: Fazenda Nacional

Procuradores: Danilo Theml Caram e outros

**EMENTA**

Agravo regimental. Recurso especial. Execução fiscal. Falência. Incidência. Taxa Selic. Anterioridade. Quebra. Adimplemento. Débito principal.

Nega-se provimento ao agravo regimental, em face das razões que sustentam a decisão recorrida, sendo certo que os juros da taxa Selic são devidos na falência, antes da decretação de quebra, condicionado o seu pagamento ao adimplemento do débito principal.

## ACÓRDÃO

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

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

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

---

Publicado no DJ de 20.10.2003

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto por Gavea Confecções Indústria e Comércio Ltda — Massa Falida, contra decisão que proferi, negando seguimento ao recurso especial em epígrafe, sob o argumento de que é cabível a propositura de mandado de segurança, no presente caso e que incide a taxa Selic antes da decretação da quebra, condicionado seu pagamento ao adimplemento do débito principal.

Alega a agravante que a jurisprudência desta Corte não é dominante acerca da incidência dos juros da taxa Selic depois de decretada a falência. Pugna, portanto, pela reforma do **decisum**.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

## VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que o presente agravo regimental não merece provimento, em face das razões que sustentam a decisão recorrida.

Com efeito, é do seguinte teor a decisão agravada, **verbis**:

“Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra v. acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado, **verbis**:

“PIS — Massa falida — Juros moratórios — Decadência (inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n. 8.212/1991)

1. É inconstitucional o prazo de 10 anos previsto no art. 45 da Lei n. 8.212/1991, sendo aplicável para a constituição do crédito relativo às contribuições destinadas à Seguridade Social o prazo de 5 (cinco) anos.

2. A multa fiscal moratória não é devida por massa falida.

3. A suspensão da correção é condicionada ao pagamento integral dos débitos fiscais até 30 dias.” (Fl. 625)

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos em parte os da ora recorrente e acolhidos totalmente os da ora recorrida, possuindo este acórdão a seguinte ementa, **verbis**:

“Embargos de declaração. Efeitos infringentes. Massa falida. Multa de ofício. Exclusão. Taxa Selic.

1. Não se empresta efeitos infringentes a embargos de declaração quando a finalidade é a modificação da decisão exarada.

2. São inaplicáveis, contra massa falida, penalidades pecuniárias, como a multa de ofício, sob pena de onerar terceiros alheios à infração cometida.

3. Em se tratando de massa falida, é inaplicável a taxa Selic, prevista no § 4º do artigo 39 da Lei n. 9.250/1995. Deve-se aplicar o IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Ampliado — série Especial), divulgado pelo IBGE, índice em conformidade com a Resolução n. 242, de 03.07.2001, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.” (Fl. 638v.)

Sustenta a recorrente violação aos arts. 1º da Lei n. 1.533/1951 e 267, VI, do CPC, bem como divergência jurisprudencial com julgado desta Corte, aduzindo, em síntese, que é incabível o mandado de segurança, quando já inscrita a dívida ativa e sendo iminente a propositura da execução fiscal. Aduz que incide a taxa Selic, até a data da quebra.

Relatados. Decido.

Quanto à pretensa violação aos arts. 1º da Lei n. 1.533/1951 e 267, VI, do CPC, verifico que é cabível o mandado de segurança no presente caso, para se discutir a nulidade do auto de infração, porquanto anterior à propositura da ação executiva fiscal, não sendo mero substitutivo de embargos do devedor.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente, **litteris**:

“Mandado de segurança. Tributário. ISS. Autuação fiscal. Inscrição em dívida ativa. Recurso administrativo. Prazo decadencial. Art. 18, Lei n. 1.533/1951. CTN, artigos 201 e 204.

1. A relação tributária, em tese, pode ter vários procedimentos administrativos lesivos ao direito do contribuinte, oportunizando a impetração de segurança, criando momentos diferenciados para o início do prazo decadencial.

2. É cabível, portanto, a impetração de segurança contra o próprio ato da inscrição na dívida ativa, contando-se o prazo decadencial da data em que o contribuinte toma conhecimento da mesma. Na espécie, verificadas as datas de início e final do prazo, incorreu a decadência.

3. Acertado que toda e qualquer lesão ao direito do contribuinte, desde o início da ação fiscal, pode motivar a impetração, inócurrenente a decadência, o pedido aprisionado à legalidade do ato de inscrição deve ser examinado judicialmente.

4. Embargos acolhidos, com efeitos modificativos, ficando provido o Especial.” (EDcl no REsp n. 239.575/BA, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 16.09.2002, p. 139, RDDT, vol. 86, p. 236)

No que tange à incidência da taxa Selic, os juros de mora antes da decretação da falência são devidos, sendo que os posteriores àquela, somente o são se constatada sobra do ativo.

Contudo, o pagamento do débito dos juros anteriores à quebra fica condicionado ao adimplemento do débito principal.

Nesse sentido, destaco o seguinte precedente jurisprudencial, **verbis**:

“Tributário e Processual Civil. Agravo regimental. Execução fiscal. Massa falida. Juros anteriores à quebra. Exigibilidade. Juros posteriores. Possibilidade da sua exigência. Excepcionalidade para o caso da não-incidência. Precedentes.

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

2. Acórdão **a quo** que entendeu ser inviável a cobrança de juros de mora posteriores à quebra, estes com a ressalva do ativo nos termos do art. 26, da Lei de Falências.

3. São devidos os juros concernentes ao período anterior à quebra, somente condicionando-se à suficiência de ativo os juros originados após

o decreto falimentar, no que são reclamáveis da massa. Precedentes das Primeira, Segunda, Terceira e Quarta Turmas desta Corte Superior.

4. Acaso, após o adimplemento das importâncias principais de todos os credores, se verifique que o ativo apenas comportou o pagamento dos valores principais devidos, aí sim, não haverá, de fato, como se proceder ao pagamento dos juros, mesmos os anteriores à quebra. Somente nessa hipótese excepcional não incidirão os juros discutidos.

5. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp n. 439.045/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 21.10.2000, p. 307).

No mesmo teor, confira-se trechos do REsp n. 207.346/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 20.06.2001, **verbis**:

“3. Relativamente ao juros, ao relatar caso semelhante, tive oportunidade de assentar que, “antes de decretada a falência, a responsabilidade pelos encargos contratuais ajustados se conserva regida pela lei civil. Assim, sobre as prestações não pagas cujos vencimentos ocorreram anteriormente à decretação da quebra, não se há como deixar de reconhecer a incidência dos juros, tal como pactuados”(REsp n. 19.459/RJ, DJ de 19.09.1994).

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

Em outras palavras, os juros que, até a data da falência, recaíram sobre as dívidas vencidas, continuam devidos de acordo com o contrato, embora condicionado o seu pagamento à suficiência do ativo da massa para fazer-lhes face após resgate do principal relativo aos créditos (arts. 26 e 129 da Lei de Quebras).

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

“Por isso é de salientar-se que, embora não corram juros contra a massa, impõem-se os vencidos até a data de decretação da quebra (Arq. Jud., vol. 94/257, e Ac. Terceira Câmara Civil TJ/SP in RT/555-82). Contudo, não bastando o ativo apurado para o pagamento do principal, não podem ser contemplados em seu passivo os juros de créditos quirográficos, mesmo vencidos antes do decreto de falência (Rev. For., 63/136)”. (“Processo de Falência e Concordata”, Forense, 5ª ed., 1988, ns. 407-1 a 409-III, p. 346).

Assim, na falência, se paga primeiramente o principal e, se houver saldo, os juros vencidos antes da respectiva decretação.”

O mesmo é válido para a taxa Selic, porquanto trata-se de juros de mora, conjuntamente com correção monetária, devidos a partir de 1º de janeiro de 1996, a teor do art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995.

Tais as razões expendidas, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, *dou parcial provimento* ao presente recurso especial, nos termos acima explicitados.”

Ademais, o recurso especial da Fazenda Nacional requereu a aplicação da taxa Selic antes da decretação da falência, tendo a decisão ora agravada decidido de acordo com o pedido do recurso especial.

Destarte, não tendo a agravante, em seus argumentos, conseguido infirmar o referido entendimento, não vejo como reformar o decidido.

Ante o exposto, nego provimento ao presente agravo regimental.

É o meu voto.

---

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR  
N. 6.489 — SP (2003/0079895-6)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Embargante: Estado de São Paulo

Procuradores: Paula Nelly Dionigi e outros

Embargado: Ubirajara Keutenedjian — Espólio

Representado por: Edda Milani Keutenedjian — Inventariante

Advogados: Roberto Elias Cury e outros

Embargado: Baptista Keutenedjian — Espólio

Representado por: Marina Isabel Cordeiro Keutenedjian — Inventariante

**EMENTA**

Processo Civil. Embargos de declaração.

1. A contradição que dá ensejo a embargos de declaração (inciso I do art. 535 do CPC) é a que se estabelece no âmbito interno do julgado embargado (ou seja, a contradição do julgado consigo mesmo) e não a que eventualmente se verifica entre o teor do julgado embargado e o entendimento em sentido diferente, manifestado por outro julgado, ou por fonte normativa ou doutrinária.

2. A omissão, de que trata o inciso II do art. 535 do CPC, diz respeito a “ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”, e não, necessariamente, a cada uma das alegações das partes, especialmente quando todos os pontos foram enfrentados e decididos com fundamentação suficiente.

3. Inexistindo no acórdão obscuridade, contradição ou omissão rejeitam-se os embargos.

### 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, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

---

Publicado no DJ de 25.08.2003

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de embargos de declaração com pedido de efeitos modificativos (fl. 217) interpostos pelo Estado de São Paulo, em face de acórdão assim ementado:

Processo Civil. Execução provisória contra a Fazenda Pública. Ajuizamento anterior à Emenda Constitucional n. 30/2000. Possibilidade.

1. A Emenda Constitucional n. 30 deu nova redação ao § 1º do art. 100 da Constituição para estabelecer, como pressuposto da expedição de precatório ou da requisição do pagamento de débito de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública, o trânsito em julgado da respectiva sentença.

2. Há de se entender que, após a Emenda 30, limitou-se o âmbito dos atos executivos, mas não foi inteiramente extinta a execução provisória. Nada impede que se promova, na pendência de recurso com efeito apenas devolutivo, a liquidação da sentença, e que a execução (provisória) seja processada até a fase dos embargos (CPC, art. 730, primeira parte) ficando suspensa, daí em diante, até o trânsito em julgado do título executivo, se os embargos não forem opostos, ou forem rejeitados.

3. Em relação às execuções provisórias iniciadas antes da edição da Emenda n. 30, não há a exigência do trânsito em julgado como condição para expedição de precatório. Precedentes do STF e do STJ.

Alega-se haver omissão no julgado, porquanto “a exordial sustenta a possibilidade de execução provisória mesmo antes da EC n. 30/2000”, ao passo que o acórdão embargado “dá a entender que a questão está posta apenas em relação ao advento da EC n. 30/2000, como se esse fosse o único fundamento da ação cautelar” (fl. 220), deixando de se manifestar sobre a orientação contida nas Resoluções ns. 211/1999 e 240/2001 do Conselho da Justiça Federal.

Aponta-se contradição entre o precedente do STF citado (AgRg n. 243.967-1/SP, Min. Moreira Alves, DJ de 26.11.1999) e a conclusão dele extraída, afirmando-se que o entendimento firmado no Supremo considera como divisor de águas não o momento do início da execução, e sim o do trânsito em julgado da sentença.

Arrolam-se precedentes do STJ e do STF alegadamente favoráveis à tese da impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública, já antes da EC n. 30/2000.

Finalmente, sustenta-se que a discussão dos autos não perde relevância em razão do trânsito em julgado da sentença após a expedição do precatório, diante das questões da ordem cronológica dos pagamentos e da aplicação imediata das normas de natureza processual às demandas em curso. Pede-se o prequestionamento do art. 100, §§ 1<sup>a</sup> e 1<sup>a</sup>-A da Constituição, para viabilizar a interposição de recurso extraordinário.

### VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Não há, no acórdão embargado, qualquer das deficiências relacionadas no art. 535 do CPC (contradição, obscuridade, omissão) que dariam ensejo a embargos declaratórios. A matéria foi inteiramente enfrentada e todos os pontos decididos com adequada fundamentação, conforme se percebe da ementa transcrita e do teor do voto condutor. É importante salientar que a contradição de que trata o inciso I do art. 535 do CPC é a que se estabelece no âmbito interno do julgado (ou seja, a contradição do julgado consigo mesmo) e não a que eventualmente se verifica entre o teor do julgado embargado e o entendimento em sentido diferente, manifestado por outro julgado, ou por fonte normativa ou doutrinária. E a omissão, de que trata o inciso II, diz respeito a “ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”, e não, necessariamente, a cada uma das alegações das partes, especialmente quando, como no caso, todos os pontos foram enfrentados com fundamentação suficiente.

2. Inobstante, salienta-se que não houve má interpretação do julgado do STF mencionado no acórdão embargado (AgRg n. 243.967-1/SP, Min. Moreira Alves, DJ de 26.11.1999). No relatório do citado agravo regimental, lê-se: “a essa decisão se opõe agravo regimental em que se alega que a se admitir a expedição de precatório judicial na pendência de recurso implica afronta ao artigo 100 da Constituição, porque este não admite a existência de precatório sem o trânsito em julgado”. Essa, portanto, para o que aqui interessa, a questão discutida naquele julgado. A decisão do Supremo foi no sentido do improvimento do agravo — não reconhecendo, portanto, violação à Constituição pela expedição de precatório judicial na pendência de recurso —, sob o fundamento de que “a Constituição não limita a expedição de precatório quando há coisa transitada em julgado, e, por isso mesmo, essa Corte tem entendido (...) que a autorização para o processamento de execução provisória não implica, por si só, a conclusão de que o pagamento se fará independentemente da expedição de precatório”. Ainda, no despacho que negou seguimento ao agravo de instrumento — e cujo entendimento se manteve, face ao improvimento do agravo regimental —, anotou o Relator, Ministro Moreira Alves: “este Supremo Tribunal Federal, ao julgar o REsp n. 181.698, admitiu a execução provisória contra autarquia federal (...)”.

3. Dispensável afirmar que, em face da supremacia da Constituição, suas normas prevalecem sobre quaisquer outras de inferior categoria, nomeadamente as das Resoluções ns. 211/1999 e 240/2001 do Conselho da Justiça Federal, cuja interpretação devem ser afeiçoadas, pena de ineficácia, aos superiores mandamentos constitucionais. Assim, a exigência da certidão de trânsito em julgado, lá referida, certamente diz respeito a precatórios expedidos em execução definitiva, não na execução provisória promovida com autorização constitucional.

4. Na verdade, o que pretende o embargante é a reforma do julgado, repisando a argumentação desenvolvida na petição inicial, o que é incabível na via dos embargos de declaração, cujas hipóteses de cabimento estão dispostas no art. 535 do CPC.

5. Face ao exposto, rejeito os embargos.

É o voto.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 179.750 — SP (1998/0047415-3)**

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Recorrente: Município de São Paulo

Advogados: Carlos Figueiredo Mourão e outros

Recorrido: Luiz Pereira Mendes

Advogados: Roseli Pagura Orlando e outros

### EMENTA

Execução fiscal. Processo Civil. Prescrição. Exceção de Pré-Executividade. Possibilidade antes dos embargos do devedor e da penhora. Lei n. 6.830/1980 art. 8º, § 2º. CPC, artigos 219, §§ 2º, 3º e 4º, e 620. CTN, artigo 174 e parágrafo único.

1. Denunciada a ocorrência da prescrição, verificação independente da produção ou exame laborioso de provas, não malfez nenhuma regra do Código de Processo Civil o oferecimento da exceção de “pré-executividade”, independentemente dos embargos de devedor e da penhora para a prévia garantia do juízo. Condicionar o exame da prescrição à interposição dos embargos seria gerar desnecessários gravames ao executado, ferindo o espírito da lei de execução, que orienta no sentido de ser afastado o art. 620, CPC. Provocada, pois, a prestação jurisdicional quanto à prescrição, pode ser examinada como objeção à pré-executividade. Demais, seria injúria ao princípio da instrumentalidade adiar para os embargos a extinção do processo executivo.

2. A prescrição somente considera-se interrompida efetivando-se a citação e não por decorrência do despacho ordenatório da citação. Interpretação das disposições legais aplicáveis.

3. Precedentes jurisprudenciais.

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: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro-Relator, que compareceu à sessão para julgar processos a que está vinculado. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 06 de agosto de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, assim sumariado:

“Prescrição — Execução fiscal — Matéria que pode ser alegada nos próprios autos da execução — Preliminar de nulidade rejeitada.

Prescrição — Execução fiscal — Interrupção com o despacho que determina a citação — Suspensão referida pelo artigo 40, § 2º, da Lei n. 6.830/1980 — Imprescritibilidade projetada pelo legislador ordinário repelida pela jurisprudência — Prevalência do artigo 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional — Norma hierarquicamente superior — Prescrição reconhecida — Recursos oficial e da Municipalidade improvidos” (fl. 47).

Sustentou o Município de São Paulo que a prescrição só poderia ser alegada por meio de embargos à execução, após estar seguro o juízo, sob pena de nulidade da decisão. Apontou ofensa ao artigo 38 da Lei n. 6.830/1980. Afirmou, ainda, que foi interrompida a prescrição na data em que deferida a inicial e determinada a citação do devedor, conforme interpretação do artigo 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980. Assim, não localizado o executado, foi suspenso o prazo prescricional, nos termos do artigo 40. Indicou, por fim, dissídio com julgado de outros tribunais.

Contra-razões às fls. 66/68.

O nobre Presidente do Tribunal de origem admitiu a via especial à vista da plausibilidade da alegação de ofensa ao artigo 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980.

É o relatório.

**VOTO**

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): conforme ensaiado no relatório, plasma-se relação jurídico-litigiosa, versando, em síntese, a aplicação do art. 8º, § 2º, Lei n. 6.830/1980, em face ao art. 174, parágrafo único, CTN, cinzelando a respeito, no ponto que interessa à controvérsia, conforme v. acórdão assim ementado:

“Prescrição — Execução fiscal — Matéria que pode ser alegada nos próprios autos da execução — Preliminar de nulidade rejeitada.

Prescrição — Execução fiscal — Interrupção com o despacho que determina a citação — Suspensão referida pelo artigo 40, § 2º, da Lei n. 6.830/1980 — Imprescritibilidade projetada pelo legislador ordinário repelida pela jurisprudência — Prevalência do artigo 174, parágrafo único, do Código Tri-

butário Nacional — Norma hierarquicamente superior — Prescrição reconhecida — Recursos oficial e da Municipalidade improvidos” (fl. 47).

Daí as prélicas recursais, além da divergência jurisprudencial, afirmando que foram contrariados os artigos 8º, § 2º, 38 e 40 da Lei n. 6.830/1980.

Presentes os requisitos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido (art. 105, III, a, c, CF).

Aberto o pórtico para o conhecimento, merece exame, em primeiro lugar, exame a questão referente à necessidade de a prescrição ser suscitada mediante embargos à execução, após garantido o juízo com a efetivação da penhora.

Nesse sítio, evidenciadas a natureza jurídica e finalidade da *pré-executividade*, pedido expressamente, o seu exame, pode, ou não, abranger verificação grampeada à ocorrência da *prescrição*?

Nessa trilha, considerados os efeitos jurídicos da prescrição, em linha geral, o assunto poderá ser conhecido pelo Juiz a qualquer tempo e grau de jurisdição. Andante, promovida a *pré-executividade*, provocação do exercício jurisdicional, à vista da cláusula temporal “a qualquer tempo e grau de jurisdição”, a questão pode ser examinada. Demais, neste âmbito a demonstração da prescrição inclui-se entre os requisitos da execução.

É certo que a exceção de “pré-executividade” somente viabiliza-se, em princípio, quando o Juiz, de ofício, pode conhecer das questões necessárias à afirmação da substância do título executivo. Por isso, a falar de prescrição, poderia contrapor-se a impossibilidade de ser considerada de ofício. Porém, no caso, a questão foi expressamente suscitada, ficando sem razão a imaginada contraposição.

Desse modo, além de outras questões ligadas à admissibilidade da execução e que, na petição de “pré-executividade”, podem ser conhecidas de ofício e a qualquer tempo, quando denunciada a prescrição, o seu exame poderá ser admitido na exceção em comento. Em contrário, seria adiar a averiguação para a ocasião dos embargos, inclusive, divorciando-se do princípio da instrumentalidade. Pois, se procedente a alegação de prescrição, o processo executivo será extinto. Para tanto, por que aguardar os embargos, com o sacrifício da utilidade social do tempo processual, máxime quando não se cogita do exame detalhado de provas? Nesse contexto, a exigência de precedente garantia do título não colhe aceitação.

Salienta-se que, no caso concreto, por petição, o executado denunciou a prescrição intercorrente, adiante, reconhecida por sentença (fls. 9 e 14 a 15).

Nesse ponto, existem precedentes desta Corte admitindo a exceção da inexigibilidade do título executivo nos próprios autos da execução, mesmo em petição

singela, por meio da denominada “exceção de pré-executividade” ou “objeção de executividade” (REsp n. 124.364/PE, Rel. Min. Waldemar Zveiter; REsp n. 160.107/ES, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; REsp n. 187.195/RJ, Rel. Min. Nilson Naves; REsp n. 220.100/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; REsp n. 187.428/DF, Rel. Min. Barros Monteiro).

Por fim, anota-se que, em torno de tema ligado à inexigibilidade do título executivo, a demonstração dispensa comprovação laboriosa, de regra, apenas dependente dos documentos apresentados, via de consequência, a admissão da referenciada exceção em nada atingirá as normas processuais pertinentes à execução. Logo, constituiria demasia formal o condicionamento do precedente exame da *prescrição* à prévia garantia do juízo com a penhora, para, ao fim e cabo, como fez a r. sentença, ser reconhecido e declarado extinto o processo. Além disso, o espírito da lei de execução, no tocante aos Embargos, não é o de gerar maiores gravames ao executado, no particular servindo o artigo 620, CPC, para ilustrar esse propósito.

Alinhadas as razões, inegável que a prescrição foi expressamente denunciada, do seu exame, apurando-se a prestabilidade, ou não, do título apresentado para a execução, embora adstrita a conclusão ao caso concreto, afirma-se a possibilidade de ser suscitada a *exceção de pré-executividade* antes dos embargos e da garantia de penhora.

É a conclusão, em que pese à existência de precedentes no sentido contrário: REsp n. 143.571/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, **in** DJ de 1<sup>o</sup>.03.1999; REsp n. 178.353/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, **in** DJ de 10.05.1999.

Ultrapassada a preliminar de nulidade da decisão que acolheu a prescrição, passa-se ao julgamento do mérito do especial. Entoa-se debate conhecido nesta Corte, permitindo registrar que, inicialmente, alinhado à compreensão sufragada pelo Recorrente, como Relator, sustentei a interrupção da prescrição por nova causa, configurada pelo despacho estatuído nas disposições do art. 8<sup>o</sup>, § 2<sup>o</sup>, Lei n. 6.830/1980.

Conquanto assim entendesse pessoalmente, a egrégia Primeira Seção, resolvendo a divergência surgida em torno dessa questão jurídica, iterativamente, assentou contrariamente, entre outros precedentes, cônsono à fundamentação do voto vencedor elaborado pelo eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, **verbis**:

“A questão emoldurada no presente recurso envolve duas indagações exegéticas: a) em sede de execução fiscal, o mero despacho ordenatório da citação do executado interrompe a prescrição, como previsto no art. 8<sup>o</sup>, § 2<sup>o</sup>, da Lei n. 6.830/1980, ou tal efeito somente se concretiza com a adoção das providências

inscritas nos §§ 2º e 3º do art. 219, do CPC, somente estabelecido no § 4º do mesmo artigo? b) a citação por edital, prevista no art. 8º, inciso III, da Lei n. 6.830/1980, tem o condão de interromper a prescrição, inobstante o teor da regra inscrita no art. 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, tido como Lei Complementar, de hierarquia superior ao CPC?

No tocante à primeira indagação, tenho que a mera prolação do despacho ordenatório na citação não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição. É que a norma do art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, há de ser concebida por via de interpretação sistemática, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC.

Assim, após o despacho que determina a citação do executado, há de serem adotadas pelo exequente as providências mencionadas nos §§ 2º e 3º do art. 219, que dispõem sobre a incumbência da parte de promover a citação do réu, sob pena de não se ter como interrompida a prescrição, **ex vi** do § 4º do art. 219, do Estatuto Processual Civil.

Nesse sentido, já decidiu este egrégio Tribunal, quando do julgamento do REsp n. 4.033/RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão (DJ de 05.11.1990), assim ementado:

‘Direito Tributário. Crédito alcançado pela prescrição quinquenal. Pretendido efeito interruptivo do despacho ordinatório da citação. Art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980.

— A norma acima mencionada há de ser interpretada em combinações com o art. 219, § 4º, do CPC, seja no sentido de que ‘não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos anteriores, haver-se-á por não interrompida a prescrição’.

Entendimento contrário tornaria supérflua a citação editalícia prevista no inciso IV do referido art. 8º sabidamente destinada às hipóteses de devedor com paradeiro ignorado e sem bens conhecidos, susceptíveis de arresto.

Recurso não conhecido’ (REsp n. 36.855-1/SP — **in** DJ de 19.06.1995).

Eis a ementa do v. acórdão:

“Processual Civil. Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Despacho citatório. Ausência de citação. Efeitos. Lei n. 6.830/1980, art. 8º, IV; CPC, Art. 219, § 4º; CTN, art. 174, Parágrafo único. Interpretação sistemática.

Em sede de execução fiscal, a mera prolação do despacho que ordena a citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescri-

ção, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, em combinação com o art. 219, § 4º, do Código de Processo Civil e com o art. 174 e seu parágrafo único do Código Tributário Nacional.

Embargos rejeitados.”

Sobre a questão debatida, esta colenda Corte já emitiu diversos pronunciamentos. Em sintonia com o posicionamento supratranscrito, os seguintes julgados:

“Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Embargos do devedor. Prescrição. Interrupção. Citação pessoal do devedor.

1. O art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, nos termos em que foi admitido em nosso ordenamento jurídico, não tem prevalência. A sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo art. 174 do Código Tributário Nacional.

2. Repugnam os princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida. Há de, após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada, se estabilizar o conflito pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes.

3. Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174 do CTN, o qual tem natureza de lei complementar e, por isso, se sobrepõe à Lei de Execuções Fiscais (6.830/1980), que é lei ordinária.

4. Não efetivada a regular citação do contribuinte antes de transcorridos cinco anos da data da constituição definitiva do crédito tributário, a prescrição há de ser decretada.

5. Embargos de divergência acolhidos.” (REsp n. 85.144/RJ, Rel. Min. José Delgado, **in** DJ de 02.04.2001.);

“Tributário. Prazo interruptivo da prescrição (Lei n. 6.830/1980, art. 8º, § 2º e art. 174 do CTN).

No sistema jurídico-tributário vigente, o Código Tributário Nacional, que é lei complementar, se sobrepõe à Lei de n. 6.830/1980, que é lei ordinária (e não se cuida de distribuição de competência para a instituição de tributos, dentre as entidades de direito público interno).

A prescrição, **in casu**, só se considera interrompida a partir da efetivação da citação ao devedor (CTN, art. 174, I) e não do mero despacho que determina o respectivo chamamento para integrar a lide (Lei n. 6.830/1980, art. 8º, § 2º).

Recurso improvido. Voto-vencido.” (REsp n. 171.272/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, **in** DJ de 19.10.1998);

“Processual Civil — Execução fiscal — Prescrição — Despacho ordenatório — Ausência de citação — Interrupção não configurada — Lei n. 6.830/1980 (LEF) — CTN, art. 174, parágrafo único — Precedentes STJ.

O simples despacho do juiz, ordenando a citação do executado, não tem o condão de interromper a prescrição, em processo de execução fiscal.

Somente a citação do devedor produz o efeito de interromper o prazo prescricional, em obediência às normas contidas na Lei n. 6.830/1980, em harmonia com o art. 174, parágrafo único do CTN.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 76.739/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, **in** DJ de 17.05.1999);

“Processual Civil — Execução fiscal — Embargos do devedor — Prescrição — Lei n. 6.830/1980 — CPC, art. 219, §§ 2º e 3º — CTN, art. 174, parágrafo único, I — Precedentes.

As normas contidas na Lei n. 6.830/1980 atinentes à prescrição e sua interrupção devem ser interpretadas em harmonia com as disposições do CPC e do CTN.

Transcorridos mais de cinco anos entre a data da constituição definitiva do crédito tributário e a efetiva citação do devedor, impõe-se o reconhecimento da prescrição da ação.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 106.816/PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, **in** DJ de 14.06.1999).

Igualmente: REsp n. 229.207/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, **in** DJ de 07.02.2000; EREsp n. 8.815/RJ, Rel. Min. Peçanha Martins, **in** DJ de 28.02.2000; EREsp n. 41.958/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, **in** DJ de 28.08.2000.

Encerrada a exposição, *voto provendo o recurso*, declarando a extinção do processo executivo.

É o voto.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 204.720 — SP (1999/0015831-8)**

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo

Advogados: Beatriz Corrêa Netto Cavalcanti e outros

Recorridos: Plínio Junqueira Junior e cônjuge

Advogados: Jair Luiz do Nascimento e outro

Sustentação oral: Daniel Shrink, pelos Recorridos; Paula Nelly Dionigi, pela Recorrente

**EMENTA**

Processo Civil. Desapropriação. Discriminatória. Lei n. 6.383/1976. Domínio. Dúvida fundada, art. 34 e parágrafo único, Dec.Lei n. 3.365/1941. Depósito. Suspensão do levantamento.

1. Sentença ficando a procedência em ação discriminatória, se-meia objetiva e inequívoca dúvida sobre o domínio da área imóvel desapropriada, justificando o Juiz a impedir o levantamento do valor depositado.

2. 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, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado(voto-vista) e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 04 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente. Ministro Milton Luiz Pereira, Relator

---

Publicado no DJ de 07.10.2002

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Trata-se de relação jurídico-litigiosa ao redor de levantamento pelo desapropriado de valores depositados a título de indenização, em processo de execução que já se encontra em fase de execução, em face de ação discriminatória julgada procedente sem trânsito em julgado.

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, deu provimento ao recurso da Exequente, em v. acórdão assim fundamentado:

“...nestes próprios autos, já se decidiu em sentido contrário, por ocasião do levantamento do depósito efetuado para fins de imissão provisória da expropriante na posse do imóvel, conforme se lê no venerando acórdão proferi-

do no Agravo de Instrumento n. 198.798-2/9, de Teodoro Sampaio, de que foi Relator o eminente Desembargador Nelson Hanada.”

### **Omissis**

“Trata-se, pois, de matéria a cujo respeito já não cabe discutir nessa ação.”

E ainda:

“... fundamentos daquele venerando acórdão devem prevalecer nesta oportunidade, mesmo porque, conforme refere **Theotônio Negrão**, no seu ‘Código de Processo Civil e legislação processual em vigor’, 29ª edição, Sarai-va, p. 881, em nota ao art. 34, parágrafo único, da Lei das Desapropriações:

A dúvida fundada, a que se refere este artigo é ‘a dúvida objetiva, inequívoca, sobre o domínio, com base em documento de propriedade. Se o expropriado tem título de domínio devidamente transcrito, não impede o levantamento do preço o simples ajuizamento de ação anulatória deste, por isso que, enquanto não anulado o título, regularmente, o seu titular é legítimo proprietário’ (RTFR 69/7)” (fls. 95 e 96).

Demais:

“Dessa forma, as questões incidentalmente discutidas e apreciadas ao longo do curso processual não podem após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores do processo.

No caso dos autos a ação de desapropriação já está finda, depositado parte do preço na oferta inicial e encontra-se, na fase de execução, como se paralisar o feito, com a alegação de que a discriminatória está em curso, já que tendo se iniciado esta ação em 1984.” (Fl. 99)

E, por fim:

“É sabido que a ação discriminatória tem caráter preferencial (art. 23 da Lei n. 6.383/1976).

Acontece, porém, que não se conhece nos fóruns do Estado de São Paulo qualquer ação discriminatória que tenha findado, tendo sido julgada a segunda fase, que é a demarcatória, para riscar a separação do domínio privado do público.

É se eternizar os litígios se admitir que a Fazenda venha a paralisar todos os processos que versem direitos localizados em perímetros que estão sendo discriminados.” (Fl. 99)

A Fazenda do Estado de São Paulo, irresignada, interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal,

alegando afronta ao art. 34, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, bem como ao art. 23 da Lei n. 6.383/1976. Argúi, ainda, haver dissídio jurisprudencial, mencionado aresto do colendo STF.

Contra-razões às fls. 122 a 126.

O eminente Desembargador 4<sup>o</sup> Vice-Presidente do Tribunal **a quo** deferiu o processamento do recurso apenas pela alínea **a** do art. 105, III, da CF.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): O itinerário dos acontecimentos processuais leva à afirmação de que a insurreição foi provocada por aresto "... tirado em ação de desapropriação, em que se decidiu pela liberação do levantamento do montante indenizatório ao expropriado, a despeito da notícia, comprovada pela juntada do Documento n. 6 (fls. 18/57), de que as terras objeto da expropriação foram julgadas devolutas por sentença proferida em ação discriminatória".

A proposição recursal ferreta que o v. acórdão, além da divergência jurisprudencial, contrariou as disposições contidas nos artigos 34 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, 23 da Lei n. 6.383/1976 e 265, IV, **a**, CPC (fls. 105 a 115).

Encerrado o memento, presentes os requisitos de admissibilidade o recurso merece conhecimento (art. 105, III, **a**, **c**, CF).

Aberta, pois, via para o exame, ganha espaço comemorar os antecedentes noticiados nas peças informativas, destacando-se:

"1. O imóvel expropriado está tendo o seu domínio questionado através da Ação Discriminatória do 14<sup>o</sup> Perímetro de Teodoro, que tramita por esse R. Juízo, Processo n. 777/1985.

A propósito, já foi proferida a decisão de 1<sup>a</sup> instância que julgou procedente integralmente a ação, declarando devolutas as terras componentes do citado perímetro." (Fl. 10)

Por essa guia, ditou a decisão agravada e originária vertente do aresto sob a vigia deste recurso; assim:

### Omissis

"E a dúvida, no caso, está fundada, não na mera existência da ação discriminatória, mas em sentença que julgou o pedido procedente. Portanto, não em ato de vontade do expropriante, mas em decisão do Juízo.

Discute-se doutrinariamente a natureza jurídica da sentença sujeita a recurso. Sem maiores aprofundamentos quanto a essa discussão, é fato que, se a sentença não transitada pode ensejar a execução provisória, poderá, com muito mais razão, impedir o mero levantamento das quantias depositadas.

O levantamento dos depósitos poderá causar dano irreparável ao interesse público, pois será impossível à Fazenda reaver os valores pagos. E, havendo conflito entre o interesse público e o do particular, é princípio fundamental do Direito Administrativo deva aquele prevalecer sobre este.

Ante o exposto, defiro o pedido formulado pela Fazenda e determino que, em atenção ao art. 34, parágrafo único, do DL n. 3.365/1942, permaneçam em depósito ao valores pagos, até trânsito em julgado da ação discriminatória” (fl. 14).

Daí o agravo dos expropriados, em cujo julgamento foi constituído o v. acórdão confrontado na via especial.

Nessa esteira, os apontamentos evidenciam que, inegavelmente, foi processada a ação discriminatória (Lei n. 6.383/1976), julgada procedente no 1º grau de jurisdição, declarando devoluto o perímetro dentro do qual está localizada a área expropriada, cujos valores indenizatórios permanecem em depósitos, motivo do mencionado agravo (doc. fls. 18 **usque** 57).

Essa realidade, outrossim, no seu merecimento, julgado procedente o pedido, justificou provimento cautelar (MC n. 1.441/SP, autos apensados, cert. fl. 170).

Diante desse séquito, em desfavor da fundamentação do verumado v. acórdão, calham à fiveleta as razões desenvolvidas pelo Recorrente, textualmente:

### **Omissis**

“O caráter prejudicial da ação discriminatória, mesmo antes de proferida sentença, já seria suficiente para provocar a sustentação dos levantamentos de depósitos na ação expropriatória. Ainda, o comando do art. 265, IV, letra a do CPC autoriza a suspensão da desapropriação pelo fato de que se encontra pendente a ação discriminatória.

Com maior razão, proferida a r. sentença que julgou devolutas as terras do expropriado, ora recorrido, não mais prevalece a presunção **juris tantum** que o art. 859 do CC reconhece a seu título de domínio. Ainda que não se tenha concluído a fase demarcatória, verificou-se a invalidade do título de domínio, razão pela qual não pode ser pago o valor correspondente à terra nua ao expropriado, que deixou de possuir a propriedade incontestada da área.” (Fls. 108 e 109)

Desse modo, até aqui, afirmado que a área imóvel expropriada está no perímetro reconhecido como *devoluto*, inegavelmente semeou-se *dúvida* objetiva e inequívoca sobre o domínio, com base em documento de propriedade, por si, suficiente para obstar o levantamento do preço até final esclarecimento. Nesse sítio de análise, não se depara com a contrariedade ou negativa de vigência as disposições do artigo 34 e parágrafo único, Decreto-Lei n. 3.365/1941. É dizer: a sentença julgando procedente o pedido discriminatório tem suficiente dimensão processual e efeitos para sustivar fundada dúvida sobre o domínio, impedindo o levantamento do valor depositado. À mão de reforçar: “Desapropriação. DL n. 3.365/1941, art. 34. Se houver *dúvida* sobre quem seja o titular do domínio do imóvel desapropriado, o Juiz não tem como permitir o *levantamento* do preço, senão depois que tudo ficar esclarecido em ação própria.” (REsp n. 69.958/MG, Rel. Min. Antonio Neder, Ementário, vol. 878, p. 180). No mesmo sentido: REsp n. 97.308/DF, Ementário, vol. 1.356-02, p. 328. Soma-se o julgado por esta Turma na prefalada cautelar, em suma:

“Processo Civil. Desapropriatória. Discriminatória. Levantamento do preço. Cautelar incidental. Dúvida. CPC, artigos 796 e seguintes. Decreto-Lei n. 3.365/1941 (art. 34, parágrafo único).

1. Suspende-se o levantamento do preço quando procedente o pedido discriminatório algemado à mesma área do imóvel expropriado, configurando fundada dúvida sobre o domínio.

2. Provimento cautelar impedindo o levantamento do preço depositado judicialmente.

3. Procedência da cautelar.” (In DJ de 13.12.1999)

Orientado por essas vigas de sustentação do convencimento, *voto provendo o recurso*.

É o voto.

### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: O acórdão enfrentado pela recorrente desenvolveu, no seu voto-condutor, os seguintes fundamentos (fls. 93/96):

“Na ação de desapropriação de que foi tirado o presente agravo de instrumento, a Fazenda do Estado, fundada em que fora julgada procedente, no 1º grau de jurisdição, a ação discriminatória do 14º perímetro de Teodoro Sampaio, declarado devoluto, dentro do qual está localizada a área expropriada, pleiteou, com fundamento no art. 34, parágrafo único, da Lei das desa-

propriações, que os valores indenizatórios permaneçam em depósito até o desfecho daquela ação discriminatória (fls. 10 a 12 deste instrumento).

A respeitável decisão ora recorrida deu-lhe razão, nos seguintes termos:

Fls. 1.348/1.350 e 1.352/1.354: o pedido deve ser deferido. A jurisprudência citada no acórdão à fl. 1.355, não é pacífica.

Em sentido contrário, temos: “Deve a entidade expropriante, se for o caso, carrear para os autos prova que possa gerar a dúvida de que fala o art. 34, parágrafo único, do DL n. 3.365/1942, dúvida objetiva e não subjetiva” (TFR — RF 303/154).

E a dúvida, no caso, está fundada, não na mera existência da ação discriminatória, mas em sentença que julgou o pedido procedente. Portanto, não em ato de vontade do expropriante, mas em decisão do Juízo.

Discute-se doutrinariamente a natureza jurídica da sentença sujeita a recurso. Sem maiores aprofundamentos quanto a essa discussão, é fato que, se a sentença não transitada pode ensejar a execução provisória, poderá, com muito mais razão, impedir o mero levantamento das quantias depositadas.

O levantamento dos depósitos poderá causar dano irreparável ao interesse público, pois será impossível à Fazenda reaver os valores pagos. E, havendo conflito entre o interesse público e o do particular, é princípio fundamental do Direito Administrativo deva aquele prevalecer sobre este.

Ante o exposto, defiro o pedido formulado pela Fazenda e determino que, em atenção ao art. 34, parágrafo único, do DL n. 3.365/1942, permaneçam em depósito os valores pagos, até trânsito em julgado da ação discriminatória” (fl. 14).

Todavia, nestes próprios autos, já se decidiu em sentido contrário, por ocasião do levantamento do depósito efetuado para fins de imissão provisória da expropriante na posse do imóvel, conforme se lê no venerando acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 198.798-2/9, de Teodoro Sampaio, de que foi Relator o eminente Desembargador Nelson Hanada.

Nesse aresto, adotou-se o entendimento de que a dúvida a que se refere o parágrafo único do art. 34 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 só pode ser suscitada por terceiro, e não pela expropriante; do contrário, tal expediente facultaria à administração resolver litígios relativos a imóveis, de forma sumária, ou seja, obter a posse e, em seguida, recusar-se a pagar a indenização (RTFR, 111/112). E acrescentou-se a esse fundamento o de que o expropriado possui título devidamente registrado (fls. 15 a 16 deste instrumento).

Trata-se, pois, de matéria a cujo respeito já não cabe discutir nesta ação.

De qualquer modo, tais fundamentos daquele venerando acórdão devem prevalecer nesta oportunidade, mesmo porque, conforme refere **Theotônio Negrão**, no seu “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”, 29ª edição, Saraiva, p. 881, em nota ao art. 34, parágrafo único, da Lei das Desapropriações:

A dúvida fundada, a que se refere este artigo, é a “dúvida objetiva, inequívoca, sobre o domínio, com base em documento de propriedade. Se o expropriado tem título de domínio devidamente transcrito, não impede o levantamento do preço o simples ajuizamento de ação anulatória deste, por isso que, enquanto não anulado o título, regularmente, o seu titular é legítimo proprietário” (RTFR 69/7).

Neste sentido: TFR — Quinta Turma, Ag n. 57.970/SP, Rel. Min. Geraldo Sobral, j. 22.02.1989, negaram provimento, **v.u.**, DJ de 15.05.1989, p. 7.937, 1ª col., em; TFR-RDA 158/214, TJSP-RT 591/103.

Assim, no caso, é de deferir o levantamento do preço pelos agravantes, com observância das demais formalidades legais.”

O eminente Relator deu provimento ao recurso da Fazenda do Estado de São Paulo para restabelecer a decisão de 1ª grau, atendendo pedido da expropriante, com apoio no art. 34, parágrafo único, da Lei das Desapropriações, para que os depósitos efetuados permanecessem em depósito até o trânsito em julgado da ação discriminatória notificada.

O exame que fiz dos autos me leva a acompanhar o eminente Relator.

Há princípios postos na Carta Magna que imperam sobre a força de sentença judicial, sob pena de se consagrar a inversão do sistema e não se homenagear as regras inspiradoras da democracia.

No caso em exame, há uma sentença de 1ª grau, embora em grau de apelação, que reconhece, por efeito de ação discriminatória, que o imóvel desapropriado, cujos valores indenizatórios estão sendo pretendidos receber, integra terras devolutas, portanto, pertencentes ao Poder Público.

Tenha-se em consideração, conforme afirmado pelo juiz Antônio de Almeida Sampaio às fls. 34/35, que a validade de títulos representativos de imóvel não é de natureza absoluta, em face dos efeitos decorrentes de ação discriminatória. Com razão, portanto, tal afirmação:

“Esta preliminar praticamente se confunde com a anterior, pois é claro que os requeridos pretendem opor à pretensão da Fazenda do Estado os seus

títulos. Como foi visto acima (item 1.3), esta ação é apta para anular aqueles títulos, portanto, afigura-se-me possível o prosseguimento da ação. A lei registrária não pode ser tida como fator impeditivo ao desiderato pretendido pela autora.

É argüida também a validade da aquisição, mesmo tendo sido efetuado a **non domino**. Persiste tanto na doutrina como na jurisprudência divergência sobre a aquisição de coisa alheia, notadamente no que concerne aos seus efeitos. Contudo, é admissível afirmar-se que seus efeitos se resumem entre as partes do contrato. **Pontes de Miranda** nos ensina que: A compra e venda do bem alheio é eficaz apenas entre o vendedor e o comprador. Não se pode dizer, **a priori**, que não tenha efeitos quanto a terceiro porque isso depende de outro negócio jurídico ou situação de direito, entre o vendedor e o terceiro” — “Tratado de Direito Privado” — volume 39 — fl. 26.

Em sendo assim, é legítima a pretensão da autora, pois a circunstância dos títulos dos requeridos estarem registrados não possui o condão de eliminar a possibilidade do ajuizamento desta ação. Invoco em meu favor julgamento ocorrido no STF, quando o Ministro Soares Muñoz assim julgou: “No Brasil, ao contrário do sistema germânico, que assentou os princípios de presunção e fé pública no registro, o Código Civil não adotou simultaneamente esses dois postulados, mas apenas o primeiro deles, de sorte que a presunção pode ser destruída por prova contrária, que demonstre que a transcrição foi feita **v.g.** com base em “venda a **non domino**”. (Recurso Extraordinário n. 85.223/MG).

Este julgamento demonstra que a circunstância dos títulos estarem registrados não impede o prosseguimento da ação. Com relação às conseqüências da venda, a **non domino** é estranha aos limites desta ação.”

Acrescento que o pedido discriminatório foi julgado procedente, reconhecendo como pertencente ao domínio do Estado, as terras constantes no perímetro descrito no memorial, incluindo-se o imóvel objeto da desapropriação discutida.

Isto posto, acompanho o eminente Relator, pelo que dou provimento ao recurso. É como voto.

### VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, pela observação de que o precatório foi honrado, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, dando provimento ao recurso.

**RECURSO ESPECIAL N. 278.501 — PR (2000/0095772-0)**

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Recorrente: Carfepe S/A Administradora e Participadora

Advogados: Leonardo Guedes de Carvalho e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros

**EMENTA**

Tributário. Importação de trigo. Alteração de alíquotas. Limites objetivos do conhecimento. Lei n. 3.244/1957, arts. 3º e 22, parágrafo único. Decreto-Lei n. 63/1966, art. 4º. Decreto-Lei n. 2.162/1984. Portaria n. 938/1991.

1. Motivos econômicos de ordem global presos às relações do mercado internacional reclamam do Estado, como agente normativo, diretrizes e bases da política de importação e exportação. Segue-se que a alteração de alíquota estabelecida por motivação econômica de ordem global, por si, independe de prévia audiência dos interessados, porque essa exigência foi afastada. Decreto-Lei n. 63/1966, art. 4º. A Portaria n. 938/1991 não está sob o labéu da ilegalidade.

2. Recurso sem provimento.

**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: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro-Relator, que compareceu à sessão para julgar processos a que está vinculado. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 06 de agosto de 2002(data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: cuida-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim sumariado:

“Tributário. Imposto de Importação. Alteração de alíquotas. Portaria n. 938/1991. Desnecessidade de audiência prévia dos interessados.

A alteração da alíquota do imposto incidente na importação do trigo em grão, promovida pela Portaria n. 938, de 7 de outubro de 1991, do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, ditada por motivos econômicos de ordem global, não se sujeitava à audiência prévia dos interessados prevista no parágrafo único do art. 22 da Lei n. 3.244/1957, pois essa exigência estava afastada pelo art. 4º do Decreto-Lei n. 63/1966” (fl. 77).

Sustentou a Recorrente que a majoração de alíquota de Imposto de Importação, decorrente da Portaria n. 938/1991 do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, ofenderia os artigos 153, § 1º, da Constituição Federal; 3º e 22 da Lei n. 3.244/1957; e 4º do Decreto-Lei n. 63/1966.

Argumentou que “o art. 22, em seu parágrafo único, determina que nos casos de modificação das alíquotas do Imposto de Importação, com suporte nas alíneas **a** e **b** do art. 3º — a) cujo nível tarifário venha a se revelar insuficiente ou excessivo ao adequado cumprimento dos objetivos da tarifa; b) cuja produção interna for de interesse fundamental estimular — deverá ser promovida audiência pública entre os interessados”. Inexistente essa, a alteração é nula.

Ponderou que, nos termos do artigo 4º, do Decreto-Lei n. 63/1966, essa audiência pública só poderia ser dispensada em face de motivos econômicos de ordem global, não declinados no caso em tela.

Aduziu, também, que, por força do Acordo de Complementação Econômica n. 14, firmado entre Brasil e Argentina, foi editado o Decreto Presidencial 125/1991, o qual inseriu em nosso ordenamento jurídico a alíquota zero para importação de trigo em grão da Argentina.

Apontou dissídio com julgado de outro tribunal.

Contra-razões às fls. 128/135.

Entendendo prequestionada a matéria, o nobre Vice-Presidente do Tribunal de origem determinou o processamento do recurso.

É o relatório.

**VOTO**

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): No memorial dos registros processuais, destaca-se que, em mandado de segurança impetrado para impedir a cobrança do Imposto de Importação, acoimando de ilegal e inconstitucional a Portaria n. 938/1991, a qual, sem a prévia comunicação ou audiência das partes interessadas, alterou as bases de cálculo, provendo a apelação contra a r. sentença concessiva, o recurso desafia v. acórdão, assim resumido:

“Tributário. Imposto de Importação. Alteração de alíquotas. Portaria n. 938/1991. Desnecessidade de audiência prévia dos interessados.

A alteração da alíquota do imposto incidente na importação do trigo em grão, promovida pela Portaria n. 938, de 7 de outubro de 1991, do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, ditada por motivos econômicos de ordem global, não se sujeitava à audiência prévia dos interessados prevista no parágrafo único do art. 22 da Lei n. 3.244/1957, pois essa exigência estava afastada pelo art. 4º do Decreto-Lei n. 63/1966” (fl. 77).

Nesse contexto, inicialmente, no âmbito da admissibilidade, estadea-se que a argüida ofensa direta ao artigo 153, parágrafo único, da Constituição, objeto de interposto recurso extraordinário, aguardando o julgamento do agravo de instrumento lançado contra a decisão que não o admitiu (cert. fl. 142), inviabiliza a via especial. Em relação aos termos e interpretação de acordo entre o Brasil e Argentina fixando a “alíquota zero”, a respeito, não concretizado o específico prequestionamento, a questão não pode ser albergada no despique sob exame (Súmulas ns. 282 e 356/STF).

Definidos esses pontos, o exame da proposição recursal fica limitado à sugerida contrariedade aos artigos 3º e 22 da Lei n. 3.244/1957 e ao artigo 4º, Decreto-Lei n. 63/1966.

Andante, pela viseira dos limites objetivos da insurreição processual, ressalta-se que, ao derredor da alteração de alíquota sem prévia audiência dos interessados, a questão afivela-se a motivos econômicos de ordem global. Tais motivos refogem de análise sobre a sua efetividade, pois prendem-se às relações do mercado internacional, cumprindo ao Estado, como agente normativo, no caso, estabelecer as diretrizes e bases da política de importação e exportação.

Nessa inteira, são apropriadas as razões delineadas no voto-condutor do verurumado v. acórdão, textualmente:

“Em breve retrospecto legislativo, verifica-se que a Lei n. 3.244, de 14 de agosto de 1957, conferiu ao Conselho da Política Aduaneira a competência para alterar as alíquotas do imposto de importação, dispondo que, se a alteração

dissesse respeito a produto 'a) cujo nível tarifário venha a se revelar insuficiente ou excessivo ao adequado cumprimento dos objetivos da tarifa; b) cuja produção interna for de interesse fundamental estimular', deveria ser 'precedida de audiência realizada entre os interessados nas principais praças do País, por período não inferior a 30 (trinta) dias' (Lei n. 3.244/1957, art. 3º e art. 22, parágrafo único). O limite da alteração estava fixado em 30% **ad valorem** para menos e 60% **ad valorem** para mais (Decreto-Lei n. 2.162, de 19.09.1984).

Mais tarde, o Decreto-Lei n. 63/1966 determinou, em seu art. 4º, que 'a norma do parágrafo único do art. 22 da Lei n. 3.244, de 14 de agosto de 1957, não se aplica, também, aos casos de alteração da alíquota determinados por motivos econômicos de ordem global'.

A Constituição de 1988 facultou ao Poder Executivo alterar as alíquotas do imposto de importação, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei. As condições e os limites são aqueles estabelecidos pela legislação citada, que então estava em vigor e que foi recebida pela nova Constituição.

Resta examinar, então, se a Portaria n. 938/1991, ao alterar as alíquotas do imposto de importação, atendeu os limites e as condições da lei.

A alteração promovida consistiu na redução das alíquotas para 25%, 20%, 15% e 10%, a vigorar, respectivamente, nos anos de 1991, 1992, 1993 e 1994, que estavam fixadas, para os mesmos exercícios, em 45%, 49%, 35% e 30%, pela Portaria n. 58, de 31 de janeiro de 1991. O limite da lei, que admite a redução até 60% **ad valorem**, está, como se vê, atendido. De outro lado, o objetivo da portaria, traçado na sua parte introdutória, demonstra que a redução é feita a fim de assegurar o adequado cumprimento dos objetivos da Tarifa Aduaneira do Brasil. Com isso, atendeu-se à condição prevista na alínea **a** do art. 3º da Lei n. 3.244/1957. Finalmente, como a alteração das alíquotas que incidem na importação do trigo é ditada por motivos econômicos de ordem global, ela não se sujeita à condição prevista no parágrafo único do art. 22 da Lei n. 3.244/1957, ou seja, à audiência prévia dos interessados, pois essa exigência foi afastada pelo art. 4º do Decreto-Lei n. 63/1966" (fls. 74 e 75).

Mais dizer ou acrescentar seria censurável repetição, uma vez que a fundamentação, inclusive, evidencia que a "audiência prévia dos interessados" foi dispensada pelo artigo 4º do Decreto-Lei n. 63/1966.

Ordenadas as idéias, atendidos os limites objetivos fixados para o exame, *voto negando provimento ao recurso*.

É o voto.

**RECURSO ESPECIAL N. 449.307 — RS (2002/0086877-9)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: União

Recorrido: João Carlos Schultz Gomes

Advogados: Carla Grego Granato e outros

**EMENTA**

Administrativo. Infração de trânsito. Penalidade. Prévia notificação. Ampla defesa e contraditório. Aplicação analógica da Súmula n. 127/STJ. O Código de Trânsito impôs mais de uma notificação para consolidar a multa. Afirmação das garantias pétreas constitucionais no procedimento administrativo.

1. O sistema de imputação de sanção pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/1997) prevê duas notificações a saber: a primeira referente ao cometimento da infração e a segunda inerente à penalidade aplicada, desde que superada a fase da defesa quanto ao cometimento, em si, do ilícito administrativo. Similitude com o processo judicial, por isso que ao imputado concede-se a garantia de defesa antes da imposição da sanção, sem prejuízo da possibilidade de revisão desta.

2. Nas infrações de trânsito, a análise da consistência do auto de infração à luz da defesa propiciada é premissa inafastável para a aplicação da penalidade e consectário da garantia da ampla defesa assegurada no inciso LV do artigo 5º da CF, como decorrência do *due process of law* do direito anglo-norte-americano, hoje constitucionalizado na nossa Carta Maior.

3. A garantia da plena defesa implica a observância do rito, as cientificações necessárias, a oportunidade de objetar a acusação desde o seu nascedouro, a produção de provas, o acompanhamento do *iter* procedimental, bem como a utilização dos recursos cabíveis.

4. A Administração Pública, mesmo no exercício do seu poder de polícia e nas atividades *self executing* não pode impor aos administrados sanções que repercutam no seu patrimônio sem a preservação da ampla defesa, que **in casu** se opera pelas notificações apontadas no CTB.

5. Sobressai inequívoco do CTB (art. 280, **caput**) que à lavratura do auto de infração segue-se a primeira notificação **in faciem** (art.

280, VI) ou, se detectada a falta a distância, mediante comunicação documental (art. 281, parágrafo único, do CTB), ambas propiciadoras da primeira defesa, cuja previsão resta encartada no artigo 314, parágrafo único, do CTB em consonância com as Resoluções ns. 568/1980 e 829/1992 (arts. 2<sup>o</sup> e 1<sup>o</sup>, respectivamente, do Contran).

6. Superada a fase acima e concluindo-se nesse estágio do procedimento pela imputação da sanção, nova notificação deve ser expedida para satisfação da contraprestação ao cometimento do ilícito administrativo ou oferecimento de recurso (art. 282, do CTB). Nessa última hipótese, a instância administrativa somente se encerra nos termos dos artigos 288 e 290, do CTB.

7. Revelando-se procedente a imputação da penalidade, após obedecido o devido processo legal, a autoridade administrativa recolherá, sob o pálio da legalidade a famigerada multa pretendida abocanhar açodadamente.

8. A sistemática ora entrevista coaduna-se com a jurisprudência do egrégio STJ e do egrégio STF as quais, malgrado admitam à administração anular os seus atos, impõe-lhe a obediência ao princípio do devido processo legal quando a atividade repercute no patrimônio do administrado.

9. No mesmo sentido é a **ratio essendi** da Súmula n. 127, do STJ que inibe condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento da multa, da qual o infrator não foi notificado.

10. Recurso especial desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: A União Federal interpôs recurso especial (fls. 122/127) com fulcro na alínea **a**, do inciso III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido em mandado de segurança pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 103):

“Administrativo. Multa de trânsito. Notificações da autuação e da imposição da multa. Legitimidade. Ônus de atualizar os dados cadastrais.

1. Quando a multa aplicada ao antigo proprietário do veículo não é apontada como óbice à expedição do certificado de registro anual, o proprietário atual não tem legitimidade **ad causam** para pleitear a sua anulação e nem qualquer interesse jurídico.

2. É ônus do proprietário manter atualizados os dados cadastrais seus e do seu veículo, presumindo-se correto o endereço constante nos registros do Detran, para onde serão enviadas validamente as notificações (CTB, arts. 123, § 2º e 282, § 1º).

3. A notificação para pagamento da multa não pode ser expedida na mesma data da autuação, já que a autoridade que flagra a infração não é a mesma que a homologa e aplica a multa. Ademais, entre os dois atos deve ter transcorrido o prazo de defesa prévia.

4. Apelação do impetrante improvida e apelação e remessa oficial parcialmente providas.”

A União Federal sustenta, em síntese, que o acórdão recorrido negou vigência aos artigos 280, VI, 281, II e 282, do Código de Trânsito Brasileiro. Aduz, ainda, que o recorrido foi devidamente notificado da lavratura do auto de infração no momento em que a cometeu, não havendo qualquer violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, afirma que “(...) A natureza da notificação é meramente informativa, vale dizer, dá ciência da lavratura do auto de infração, há rigor de necessidade absoluta nos casos em que o infrator não é abordado no ato do cometimento da falta, o que não é o caso dos autos. Em se tratando de flagrante, o faltoso desde logo fica cientificado da falta, da correspondente penalidade e do prazo para a interposição do recurso à autoridade administrativa. (...)” (Fl. 126)

Sem contra-razões, o recurso foi admitido pelo Tribunal **a quo**, consoante despacho de fl. 132.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Conheço do recurso pela alínea **a** do permissivo constitucional, uma vez que a matéria foi devidamente questionada.

Trata-se de ação mandamental na qual o impetrante pretende o reconhecimento da nulidade da penalidade de trânsito aplicada, bem como a decretação da nulidade dos atos administrativos resultantes, sob a alegação de que apenas foi notificado, para a defesa, no momento da infração, faltando a notificação da aplicação da penalidade.

Ressalta inequívoco do CTB que a autoridade de trânsito, que antes de julgar o auto de infração, seja qual for a penalidade a ser em tese aplicada, não conceder ao atuado oportunidade de defesa, viola direito líquido e certo deste, amparável por mandado de segurança. É que o atual Código Brasileiro de Trânsito (Lei n. 9.503/1997), embora não seja específico no ponto, assim como não o era o anterior Código Nacional de Trânsito (Lei n. 5.106/1966), reconhece esse direito, de modo implícito, ao concedê-lo em outras situações, como a dos arts. 257, § 7º, e 265. Deveras, se todas são penalidades, como assenta o art. 256, não é lógico conceder direito de defesa só em relação a algumas. Ainda que assim não bastasse, forçoso reconhecer que o direito de defesa, inclusive no âmbito administrativo, vem garantido pelo art. 5º, LV da CF. Por isso, a Resolução n. 568/1980, do Contran, foi recepcionada pelo atual CTB, conforme admite o art. 314, parágrafo único, do CTB.

Aliás, nem poderia ser diferente. Isso porque, dentre os princípios que se destacam no procedimento administrativo, reluz o da “*garantia de defesa*”.

Preleciona a acatada doutrina de **Hely Lopes Meirelles**:

“O princípio da garantia de defesa, entre nós, está assegurado no inciso LV do art. 5º da CF, juntamente com a obrigatoriedade do contraditório, como decorrência do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), que tem origem no *due process of law* do Direito anglo-norte-americano.

Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis.

Daí a justa observação de **Gordillo** de que: *El principio constitucional de la defensa en juicio, en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo, y com critério amplio, no restrictivo*. O que coincide com esta advertência de **Frederico Marques**: “Se o poder administrativo, no exercício de suas atividades, vai criar limitações patrimoniais imediatas ao

administrado, inadmissível seria que assim autuasse fora das fronteiras do *due process of law*. Se o contrário fosse permitido, ter-se-ia de concluir que será lícito atingir alguém em sua fazenda ou bens, sem o devido processo legal”. E remata o mesmo jurista: “Isto posto, evidente se torna que a Administração Pública, ainda que exercendo seus poderes de autotutela, não tem o direito de impor aos administrados gravames e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa”.

Em respaldo às ilações doutrinárias, posiciona-se a jurisprudência nos seguintes arestos: “STF, RDA 73/136, 97/110, 114/142, 118/99; TFR, RTFR 34/140; RDA 38/254; TJMG, RDP 20/245; TJSP, RDA 45/123, 54/364; RT 261/365, 321/260; 1ª TASP, RT 257/483, 260/563, 270/632, 345/352”.

A conclusão pela ocorrência da dupla notificação obedece mesmo a uma análise histórico-teleológica da legislação pertinente.

Forçoso, lembrar que no vetusto CNT estabeleciam os artigos 112 e 116 (Lei n. 5.108/1966) que as autuações por infração de trânsito eram “julgadas” pela autoridade competente para “aplicação” de penalidade. Dessa decisão era cabível recurso, no prazo de trinta dias, à Junta Administrativa de Recursos de Infrações (Jari), sem efeito suspensivo, e, por conseguinte, havia depósito do valor da multa, quando fosse o caso. Uma vez não julgado, por motivo de força maior, no prazo de trinta dias, a autoridade competente para fazê-lo podia, de ofício, ou a pedido, agregar efeito suspensivo ao recurso. Iguais normas dispunham os arts. 112 a 116 o Regulamento, aprovado pelo Decreto n. 62.127/1968.

Deveras, o Contran, consolidando e unificando diversos regramentos administrativos, valendo-se de atribuições legais, editou a Resolução n. 568/1980, que disciplinou, pormenorizadamente, o procedimento a respeito das autuações de trânsito, estabelecendo no art. 2º: “Com o recebimento do auto de infração, o interessado poderá, no prazo de 30 dias, apresentar defesa prévia à autoridade de trânsito, antes de aplicação da penalidade.”

O Contran resolveu assim dispor porquanto os tribunais do País anulavam constantemente as sanções por violação ao direito assegurado ao acusado, de antes do julgamento, conceder-se-lhe a oportunidade de se defender. Advirta-se que essa concessão era deferida, quando, em regra, admitia-se a dispensa de defesa nos casos de falta provada, envolvendo infrações leves, como, por exemplo, advertência verbal. Hoje, como de sabença, em face do art. 5º, LV, da CF, até para essa categoria, exige-se a concessão de defesa, quando houver anotação na ficha funcional. Com muito mais razão, portanto, quando envolver autuação no trânsito, com imposição de pena, seja ou não de natureza patrimonial.

Nesse seguimento, dispõe o artigo 280, do CTB (Lei n. 9.503/1997) que, ocorrendo fato típico, lavrar-se-á auto de infração, contendo, dentre outros requisitos e informações, a identificação do órgão ou entidade e da autoridade, ou do agente autuador, ou do equipamento do órgão ou entidade e da autoridade, ou do agente autuador, ou do equipamento que comprovar a infração (inciso V), bem assim a assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração (inciso VI).

Forçoso reconhecer que persistiu a distinção entre autoridade de trânsito e agente de trânsito ou agente autuador, subsistindo as hipóteses de autuação em flagrante e a distância.

Na autuação em flagrante vale como notificação do cometimento da infração aquela realizada **in faciem**. Mas de toda sorte “o infrator é notificado do auto de infração, e não da penalidade”.

Destarte, não sendo possível a autuação em flagrante, como ocorre de ordinário, máxime, por força da instalação de sistemas eletrônicos de fiscalização vulgarmente conhecidos como “pardais”, o § 3º do mesmo dispositivo esclarece que o agente autuador ou agente de trânsito relata a impossibilidade no auto de infração, com os requisitos necessários ao procedimento previsto no artigo seguinte, isto é, o do art. 281.

Isso significa dizer que o rito do artigo 281 é obrigatório para todo auto de infração, independentemente de ter sido lavrado em flagrante ou a distância.

Esse dispositivo, o art. 281, por seu turno, dispõe que a autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida pelo Código e dentro da sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível, prevendo o parágrafo único as hipóteses de arquivamento do auto de infração a saber: (a) se considerado inconsistente ou irregular (inciso I); e (b) se, no prazo máximo de sessenta dias, não for expedida a notificação da autuação (inciso II).

Do exposto conclui-se que a “aplicação da penalidade” é ato de competência privativa da autoridade de trânsito; excluída a atribuição do agente de trânsito para esse fim.

Outrossim, nada obsta que a autoridade de trânsito proceda de ofício, desde que seja para favorecer o autuado, como, **v.g.**: em contato com o auto de infração, verifica algum vício formal como por exemplo não estar a mesma tipificada ou não constar o local, data e horário do cometimento (art. 280, I e II), tornando a peça irregular, ou, ainda, constatar que já decorreu o prazo decadencial de trinta dias para notificar.

Considere-se, por fim, que como o inciso II do parágrafo único aduz à notificação da autuação, e não da penalidade aplicada, resta evidente que este dispositivo é específico para as situações de não-flagrante, uma vez que para as autuações em flagrante vigora o inciso VI do art. 280, que refere à assinatura do infrator, valendo esta como notificação do cometimento da infração.

À luz do que até agora se expendeu, imperioso concluir que se não for caso de arquivamento sumário, é imprescindível a notificação do infrator antes de a autoridade de trânsito aplicar qualquer penalidade, assim como o era no regime da legislação anterior.

Isso significa dizer que na essência, nada mudou.

Assim sendo, em princípio, a Resolução n. 568/1980, que estabelece a chamada defesa prévia, foi recepcionada pelo atual CTB, conforme estabelece o art. 314, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

*Last, but not least*, assente-se que não há na legislação vigente qualquer regra que torne incompatível com o seu regime, a contestação do autuado antes do julgamento administrativo de 1º grau. Aliás, houvesse algum dispositivo impedindo a defesa no referido estágio procedimental, esbarraria na garantia do art. 5º, IV, da CF.

Ao revés, o diploma, em duas oportunidades, afeiçoa-se ao princípio da defesa prévia. A primeira é a do art. 257, § 7º, nos casos em que a identificação do infrator não é imediata e a notificação é endereçada diretamente ao proprietário. Não sendo ele o infrator, dispõe do prazo de quinze dias, contados a partir da notificação da autuação, ou seja, daquela de que trata o art. 281, parágrafo único, II, para dizer quem é, sob pena de responder pessoalmente. Ressalta neste ponto cristalina a hipótese de defesa antes do julgamento de primeira instância. Outro exemplo é o do art. 265 que enuncia que as penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação devem ser aplicadas por decisão fundamentada da autoridade de trânsito, em processo administrativo assegurado ao infrator amplo direito de defesa.

Ora, se o Código concede o direito de defesa naquelas situações em que o procedimento não tem por objeto impor multa, não transpõe os lindes da razoabilidade entender que a garantia da defesa não se aplique aos demais casos. Aliás, entender de outro modo beira a ilogicidade posto serem todas penalidades previstas no art. 256. Como admitir defesa para algumas e para outras não?

Por outro lado, sendo a Jari um órgão recursal, como diz o próprio nome, revela-se evidente que o momento adequado para o exercício do direito de defesa é aquele que antecede o julgamento pela autoridade de trânsito. Não se pode imaginar que o legislador tenha querido dizer que o direito de defesa se opera tão-só pelo direito de recorrer.

Ressalte-se, por fim, que o cumprimento do devido processo legal, antes de conspirar contra os interesses das autoridades de trânsito legítimas a atuação, evitando que, açodadamente, abocanhem valores que, da forma como obtidos, serão inexoravelmente restituídos, mais cedo ou mais tarde, pela ilegalidade como foram arrecadados.

Não obstante, nesses casos de impugnação judicial de restituição ou nulificação da multa, cai por terra o caráter exemplar da inflição das sanções, desmoralizando o poder público, e o que é pior: dando ensejo a que motoristas irresponsáveis persistam na trilha da inconseqüência, motivados, implicitamente, pela deletéria sensação de impunidade.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 461.846 — PE (2002/0112034-6)**

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Joana Carolina Lins e outros

Recorrida: Miranda e Veras Ltda

Advogados: Maria do Carmo Batista Barbosa e outro

**EMENTA**

Se a agravante adiantou-se à intimação, manejando o recurso antes de que tal ato de comunicação tenha ocorrido, não faz sentido negar seguimento ao agravo, por falta de tal intimação.

**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 provimento ao recurso, 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

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O recurso especial (alínea c) dirige-se a acórdão que proclamou:

“Agravado inominado. Agravado de instrumento. Instrução insuficiente. Ausência de certidão de intimação da decisão agravada. Aplicação do art. 557 do CPC.

O agravo de instrumento precariamente instruído, sem a certidão de intimação da decisão agravada, deve ter interceptada a sua tramitação com fundamento no art. 557 do CPC”.

A União (Fazenda Nacional) aponta divergência com julgado do STJ. É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O recurso especial desafia acórdão que desproveu a agravo regimental interposto contra decisão que abor-tara a agravo de instrumento. A negativa fincou-se na ausência da cópia da certidão de juntada aos autos do mandado de intimação cumprido. Tal certidão seria necessária para aferir-se a tempestividade do recurso.

A recorrente aponta divergência com julgado do STJ e argumenta com a possibilidade de aferir-se a tempestividade do agravo, conferindo-se a data do mandado de citação — cuja cópia foi juntada —, e a data da interposição do recurso.

Na solução deste incidente é necessário ter em vista o princípio da instrumentalidade das formas. A nossa jurisprudência afirma que é dispensável a certidão de intimação da decisão recorrida, quando evidente a tempestividade do recurso.

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes:

“— Em se tratando de intimação por oficial de justiça, a fluência do prazo recursal tem início com a juntada aos autos do mandado cumprido, a teor do art. 241, II, do CPC.

— Ao agravante compete a formação do instrumento, não devendo o mesmo ser conhecido na ausência de peça de traslado obrigatório.

— Contudo, nos casos em que houver deferimento de tutela antecipada, sendo determinada a intimação por oficial de justiça, a certidão a que se refere o inciso I do art. 525 do Código de Processo Civil pode ser substituída pela cópia do mandado cumprido juntado aos autos, pois tal documento se mostra apto para fins de aferição da tempestividade do recurso.

— Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 334.839/Vicente Leal, DJ de 29.10.2001).

“I - Pelo sistema recursal instituído pela Lei n. 9.139/1995, incumbe ao agravante o dever de instruir o agravo, obrigatoriamente, com as peças elencadas no art. 525, I, CPC, sob pena de não-conhecimento.

II - Dispensa-se, todavia, a certidão de intimação da decisão quando evidenciada, por outro meio, a tempestividade do recurso.” (REsp n. 278.389/Sálvio).

“I - A certidão de intimação da decisão interlocutória agravada é peça obrigatória para que o Tribunal verifique a tempestividade do recurso, requisito de sua admissibilidade e não há dúvida de que cabe ao agravante sua adequada instrução, com todas as peças obrigatórias, além daquelas que julgar imprescindíveis para o melhor entendimento da controvérsia, segundo a nova sistemática processual advinda da Lei n. 9.139/1995. Se o agravo, no entanto, foi interposto menos de dez dias da *prolação* do ato decisório, exigir cópia de uma intimação que não ocorreu ou certidão para atestar o óbvio, como pressuposto ao seu conhecimento, fere o princípio da instrumentalidade das formas, inserto nos arts. 154 e 244 do Código de Processo Civil.

II - Recurso conhecido e provido” (REsp n. 205.846/Waldemar Zveiter, DJ de 27.03.2000).

No caso dos autos, considerando-se a data do cumprimento do mandado de intimação, que ocorreu no dia 10.05.2000, e a data o agravo de instrumento da União, que foi interposto no dia 30.10.2000, é fácil aferir que o recurso é tempestivo.

Dou provimento ao recurso especial.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 462.853 — MG (2002/0100837-6)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Rodrigo Sales dos Santos e outros

Recorridos: Eduardo Marcelino Rodrigues e outros

Advogados: Cristóvão Castilho Nogueira e outro

### **EMENTA**

Processual Civil. Apelação da CEF Deserta por falta de preparo. Intimação. Necessidade. Inteligência dos arts. 511, § 2º, do CPC e 14, II, da Lei n. 9.289/1996.

1. A interpretação do art. 14, II, da Lei n. 9.289/1996 não deve ser rigorosa de forma a obstar a análise do recurso de apelação. Jurisprudência pacífica da Corte.

2. O **dies a quo** para a complementação do preparo é o da intimação da parte para o pagamento das custas. A inexistência da referida intimação não gera deserção da apelação.

3. A parte que é intimada para o pagamento das custas e o faz dentro do prazo de cinco dias, não pode ter a sua apelação julgada deserta.

4. Recurso especial provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

---

Publicado no DJ de 16.12.2002

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal, com fulcro no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, visando reformar o acórdão (fls. 27/29) proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cuja ementa merece ser transcrita (fl. 38):

“Processo Civil. Apelação. Caixa Econômica Federal. Falta de recolhimento do porte de remessa e retorno. Deserção do recurso. Pedido de relevamento. Ausência de justa causa (art. 183, § 1º, do CPC). Indeferimento.

1. Dispõe o art. 14, II, da Lei n. 9.289/1996 que “aquele que recorrer da sentença pagará a outra metade das custas, dentro do prazo de cinco dias, sob pena de deserção.”

2. O porte de retorno, no caso, foi recolhido além desses cinco dias e só quando determinado pelo juiz a juntada do respectivo comprovante.

3. Assim, está correta a pena de deserção, uma vez que ausente prova da justa causa prevista no art. 183, § 1º, do Código de Processo Civil.”

Depreende-se dos autos que a CEF interpôs agravo de instrumento contra decisão que julgou deserta a apelação por ausência de complementação do porte de retorno, de forma que, mesmo tendo sido feito um pedido de reconsideração, a pena de deserção foi aplicada à ora recorrente.

Foram opostos embargos de declaração contra o acórdão supratranscrito, sob o fundamento de omissão do julgado, os quais restaram rejeitados e assim ementados (fl. 50):

“Processual Civil. Agravo de instrumento. Embargos de declaração. Omissão inexistente. Prequestionamento. Efeito infringente. Excepcionalidade. Rejeição.

1. O pressuposto de admissibilidade dos embargos de declaração é a presença de obscuridade e contradição, no acórdão, ou, ainda, omissão de algum ponto que o Tribunal deveria ter-se pronunciado e não o fez.

2. Inexiste a omissão a ser suprida, eis que o acórdão pronunciou-se explicitamente em relação ao tema.

3. Os embargos declaratórios com efeito modificativo são admitidos, em caráter excepcional, pela jurisprudência.

4. Embargos de declaração rejeitados.”

Em sede de recurso especial, alega, em síntese, a CEF a violação dos arts. 511, § 2º, do CPC e 14, II, da Lei n. 9.289/1996, haja vista que aquele que recorre da sentença, paga o porte de retorno, sendo que o termo inicial deve ser contado da intimação da parte para complemento do preparo e não a partir da interposição da apelação.

Sustenta, ainda, o dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e o STJ, aduzindo que por se tratar de valor insignificante, não deve ser julgada deserta a apelação.

Não foram apresentadas contra-razões (fl. 60, verso).

Resultando o juízo de admissibilidade positivo (fl. 61), ascenderam os autos do recurso especial interposto.

## VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, impõe-se destacar que os dispositivos tidos por violados foram devidamente ventilados no acórdão recorrido, restando cumprido o requisito do prequestionamento, imprescindível à análise do recurso especial, pelo que dele conheço.

No mérito, alega a recorrente violação aos arts. 511, § 2º, do CPC e 14, II, da Lei n. 9.289/1996, sob o fundamento da ilegalidade da pena de deserção que foi imposta à sua apelação, porquanto efetuou a complementação do preparo dentro do prazo de cinco dias subseqüentes à sua intimação.

Os referidos dispositivos legais dispõem que:

“Art. 14. O pagamento das custas e contribuições devidas e nos feitos e nos recursos que se processam nos próprios autos efetua-se da forma seguinte:

(...)

II - aquele que recorrer da sentença pagará a outra metade das custas, dentro do prazo de cinco dias, sob pena de deserção;

(...)

“Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

(...)

§ 2º A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de (cinco) 5 dias.”

A controvérsia dos autos se apresenta em virtude da discrepância existente entre os dispositivos supracitados, haja vista que o art. 511 do CPC estabelece claramente que ao interpor qualquer recurso o recorrente deverá comprovar o respectivo preparo. Contudo, a sanção à insuficiência do preparo é uma exceção à regra do preparo imediato, que não gera, em princípio, a deserção, sem que se proceda à abertura do prazo de 5 dias para a complementação do mesmo, conforme o disposto no § 2º, do referido artigo. Não sendo efetuada a complementação nesse prazo, é que deve ser aplicada a pena de deserção com a conseqüente inadmissibilidade do recurso.

Por outro lado, o art. 14, II, da Lei n. 9.289/1996, determina a inflicção da pena de deserção em se não efetuando o pagamento da complementação do preparo, sendo certo que não estabelece o termo **a quo**.

Forçoso concluir, que os dois dispositivos complementam-se. Isso porque, o **dies a quo** para complementação do porte de retorno somente vem previsto no § 2º, do art. 511, do CPC, numa inequívoca demonstração de que o legislador entende excepcional a deserção por falta de pagamento de parcela complementar ao preparo.

O Tribunal de origem entendeu que a lei especial, qual a de n. 9.289/1996 afasta a lei geral, o Código de Processo Civil, de forma que o prazo se iniciava da interposição da apelação.

Todavia, a jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de que a interpretação do art. 14 deve ser levada a efeito de forma que para a complementação do preparo a parte deve ser intimada do valor a ser pago.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“Recurso especial. Apelação julgada deserta. Preparo realizado no prazo legal. Mero equívoco na indicação da parte recorrente. Aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. Ausência de omissão no acórdão atacado.

(...)

Dessa forma, regularmente intimada para recolher e comprovar o recolhimento do preparo relativo ao recurso de apelação, nos termos dos artigos 511 do Código de Processo Civil e 14, inciso II, da Lei n. 9.289/1996, promoveu a recorrida a juntada do comprovante dentro do prazo legal, identificando sua petição com o número do processo. O equívoco relativo ao nome da parte recorrente não pode servir de mote para a não-apreciação do recurso de apelação.

Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 412.484/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 1<sup>a</sup>.07.2002)

“Processual Civil. Ação ordinária. Correção monetária sobre saldos das contas vinculadas ao FGTS. Procedência parcial do pedido. Apelação da Caixa Econômica Federal. Deserção por falta de preparo. Agravo de instrumento. Improvimento. Recurso especial. Preparo. Intimação. Necessidade. Inteligência do art. 14, II da Lei n. 9.289/1996. Precedentes jurisprudenciais.

A pena de deserção no preparo da apelação, a teor do disposto na legislação que dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo grau (art. 14, inciso II, da Lei n. 9.289/1996), não será aplicada, se o recorrente não for intimado para o pagamento das custas, após decorrido o prazo de 05 (cinco) dias da intimação.

Precedentes jurisprudenciais.

Recurso provido.”

(REsp n. 361.655/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 25.03.2002)

Conclui-se, assim, que a lei confere tratamento diverso à falta integral do preparo no ato de interposição da ausência de complementação, sendo certo que, esta, somente acarreta a deserção após a intimação **in albis** para a implementação suplementar exigida. Esta **ratio** do § 2<sup>a</sup>, do art. 511, do CPC que se aplica a novel Lei n. 9.289/1996. Posto omissa ser neste ponto.

Conseqüentemente, a parte tendo sido intimada para o pagamento das custas e o implementado dentro do prazo de cinco dias, não poderia ter o seu recurso de apelação julgado deserto.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para julgamento do recurso de apelação da CEF.  
É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 463.219 — PR (2002/0113384-2)**

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros  
Recorrente: Fazenda Nacional  
Procuradores: Rômulo Ponticelli Giorgi Junior e outros  
Recorridos: Vivaldo Antônio Sacão e outros  
Advogados: Zaqueu Sutil de Oliveira e outro

**EMENTA**

Processo Civil. Ação civil pública. Execução. Título judicial. Honorários. Advocatícios. Cabimento. Art. 20, § 4º, do CPC. Aplicação. Precedentes.

1. A execução de título judicial ou extrajudicial é processo autônomo, cujo encargo exige atuação de advogado, que deve ser remunerado.

2. O art. 20, § 4º, do CPC, é taxativo ao afirmar que “nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas de execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas **a**, **b** e **c**, do parágrafo anterior.”

3. A Medida Provisória n. 2.180, publicada no DOU de 27.08.2001, só pode ser aplicada às execuções iniciadas após a sua vigência.

**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 con-

formidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, 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

---

Publicado no DJ de 26.05.2003

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Recurso especial (alínea **a**), interposto contra o acórdão do TRF — 4ª Região, cuja ementa se expressa:

Honorários advocatícios. Ação civil pública. Agravo contra decisão que dá provimento a recurso.

1. Forte no disposto no art. 557, § 1º-A, do CPC, possível ao Relator dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou Tribunal Superior. 2. A decisão que dá provimento a recurso substitui o **decisum** colegiado, não representando por isso, óbice à interposição de recurso especial e/ou extraordinário. 3. Agravo improvido.” (Fl. 37)

A Fazenda Nacional requer seja afastada a ofensa do aresto recorrido ao art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, com a redação introduzida pela MP n. 2.180, de 24.08.2001, por entender indevida a fixação de honorários advocatícios em execução de sentença não embargada.

Contra-razões, fls 43/44.

Despacho de admissibilidade à fl.46.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O recurso merece reprovação.

A jurisprudência do STJ, assentou-se no sentido do cabimento dos honorários advocatícios nas execuções, embargadas ou não, em que for vencida a Fazenda Pública. Confira-se:

“Processo Civil — Recurso especial — Desapropriação indireta — Execução — Título judicial — Honorários — Cabimento — Artigo 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil — Aplicação — Precedentes.

A execução, seja ela de título judicial ou extrajudicial, é um processo autônomo, a exigir atividade profissional específica, que deve ser remunerada, tal como ocorre no processo de conhecimento. Ademais, o artigo 20, § 4º, do CPC é expresso ao afirmar que “nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas **a**, **b** e **c**, do parágrafo anterior”.

No julgamento do EREsp n. 158.884/RS, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça realizou ampla discussão acerca da matéria e firmou entendimento no sentido de que são cabíveis os honorários sucumbenciais na execução, mesmo que não embarga.

Recurso especial provido.”

(REsp n. 168.297/SP — Franciulli).

No mesmo sentido o julgamento do AgRg no REsp n. 440.960/RS — Min. Fux.

Não se aplica a esta lide, o disposto no art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, introduzido pela MP n. 2.180, publicada no DOU de 27.08.2001, dispondo que: “Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas.”

De sorte que, em princípio, referida MP, por regular matéria estritamente processual, aplica-se a partir de sua vigência, aos feitos em curso, vedada a retroatividade que alcance o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

No caso, a condenação em verba honorária refere-se a processo, ainda que não anterior à MP n. 2.180. Conseqüentemente, deve reger a sucumbência a lei vigente à data da instauração da execução. Por esta razão, a MP n. 2.180/2001 somente poderá ser aplicável às execuções iniciadas a partir da respectiva vigência.

Com efeito, evidencia-se que a execução da sentença foi instaurada em julho de 2000 (fls. 08/10), portanto muito antes do advento da MP n. 2.180, por isso não podendo o direito novo retroagir para alcançar o direito adquirido à percepção da verba sucumbencial.

Nego provimento ao recurso.

**RECURSO ESPECIAL N. 467.463 — SE (2002/0121638-1)**

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros  
Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF  
Advogados: Maria das Graças de Oliveira Carvalho e outros  
Recorrida: Maria Madalena Ribeira  
Advogados: Luiz Eduardo Ayres de Freitas Britto e outros

**EMENTA**

Processual — Execução hipotecária — Embargos de devedor — Efeito devolutivo — Lei n. 5.741/1971, art. 5º — Art. 739, § 1º do CPC — Inaplicabilidade.

— Os embargos à execução hipotecária observam o art. 5º da Lei n. 5.741/1971, que não foi alterado pela 8.953/1994. Por isso, tais embargos só produzem efeito suspensivo em presença dos requisitos arrolados pelo art. 5º.

**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, prosseguindo no julgamento, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Voltaram vencidos os Srs. Ministros Paulo Medina e Luiz Fux (voto-vista). Os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 20 de março de 2003 (data do Julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

---

Publicado no DJ de 19.5.2003

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: A Caixa Econômica Federal promove execução hipotecária contra os recorrentes. Houve embargos que, entretanto, foram recebidos com afeito apenas devolutivo. O MM. Juízo de 1º grau determinou a imediata desocupação do imóvel hipotecado. Valeu-se, para tanto, da Lei n. 5.741/1971 (art. 4º, § 2º).

Houve agravo regimental a que o Tribunal **a quo** emprestou efeito suspensivo. O acórdão recorrido assentou-se no argumento de que a Lei n. 5.741/1971

sofreu influência da Lei n. 8.953/1994. Este último diploma acrescentou ao art. 739 do Código de Processo Civil, o § 1º, dizendo que os embargos serão sempre recebidos no efeito suspensivo.

O recurso especial assenta-se no permissivo **a**. Nele manifesta-se queixa de ofensa ao art. 5º da Lei n. 5.741/1971.

### VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): A Lei n. 5.741 foi concedida especificamente para disciplinar a cobrança de crédito hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação. As demais execuções hipotecárias regem-se pelo Código de Processo Civil.

Coexistem, assim, dois ordenamentos paralelos e estanques. As normas de um não alcançam as execuções disciplinadas pelo outro.

A Lei n. 8.953/1994 de sua vez, alterou o art. 739 do Código de Processo Civil, para imprimir efeito suspensivo nos embargos de devedor. Não fez qualquer referência à lei das execuções hipotecárias. Ora, se o Código de Processo Civil não incide na execução hipotecária do SFH, por que a alteração de um de seus dispositivos haveria de influir?

A relação entre a regra geral nova e o diploma especial anterior é prevista no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, cujo § 2º afirma, que na hipótese, não há revogação.

Bem por isso, a Segunda Turma, no julgamento do REsp n. 196.297 proclamou a sobrevivência da regra contida no art. 5º da Lei n. 5.541/1971.

Dou provimento ao recurso.

### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal, com base na alínea **a** do permissivo constitucional, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que negou provimento ao agravo regimental interposto pela recorrente contra decisão proferida pelo Juiz-Relator do TRF da 5ª Região, deferindo liminarmente efeito suspensivo aos embargos à execução hipotecária.

Interpostos os embargos à execução, foram os mesmos recebidos apenas no efeito devolutivo, determinando o MM. Juízo de 1º grau a imediata desocupação do imóvel hipotecado. Referida decisão fora reformada, sendo atribuído efeito suspensivo aos embargos com os seguintes fundamentos, em síntese:

a) a Lei n. 5.741/1971, que dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, foi editada quando encontrava-se em plena vigência o Decreto-Lei n. 1.608/1939, Código de Processo Civil, que em seu art. 1.010 estabelecia os casos de se atribuir efeito suspensivo aos embargos;

b) desta forma, determinou a Lei n. 5.741/1971 que os embargos só teriam efeito suspensivo mediante depósito prévio da quantia executada ou pagamento da dívida, fazendo expressa alusão ao art. 1.010, incisos I e III do CPC vigente à época;

c) com advento da Lei n. 5.869/1973, atual CPC, alterou-se a redação do art. 5º da Lei n. 5.741/1971, passando à alusão ao art. 741 do CPC, adaptando-o, assim, ao novo diploma processual;

d) verifica-se, portanto, que a Lei n. 5.741/1971, dispondo de uma execução especial, vem se adaptando no tempo às reformas ocorridas na Lei Processual Civil;

e) posteriormente, a Lei n. 8.953/1994 trouxe nova modificação ao Código de Processo Civil, no que concerne aos embargos à execução que manteve às causas determinantes da suspensão dos embargos no art. 741, mas, em seu art. 739, § 1º, determinou que os embargos do devedor serão sempre recebidos com efeito suspensivo;

f) tal modificação nasceu exatamente da necessidade de se adaptar o procedimento de execução ao comando constitucional vigente, que em seu artigo 5º, ao cuidar dos direitos e deveres individuais e coletivos, consagra, em seu inciso LV, aos litigantes, quer administrativa ou judicialmente, e aos acusados em geral, a segurança do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Insurge-se a recorrente contra o acórdão vergastado, alegando em síntese, que teria o mesmo violado o art. 5º da Lei n. 5.741/1971, posto dispor clara e expressa restrição para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos, somente o admitindo no caso de depósito integral da quantia ou com apresentação da quitação da dívida. Dessa forma, assevera que no confronto entre a referida norma legal e o preceito do § 1º do art. 739 do CPC, deve aquela prevalecer, pelo fato de tratar de lei especial enquanto esta é uma norma geral, face ao princípio geral do direito de que a lei geral não revoga a especial.

O eminente Ministro-Relator acolheu as razões da recorrente, entendendo que se editou a Lei n. 5.741 especificamente para disciplinar a cobrança de crédito hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, sendo que as demais execuções regem-se pelo Código de Processo Civil. E conclui: “Coexistem, assim, dois ordenamentos paralelos e estanques. As normas de uma não alcançam as execuções disciplinadas pelo outro”.

Ocorre que a intelecção procedida não é adequada. O efeito suspensivo concedido aos embargos interpostos em execução hipotecária traduz uma interpretação sistêmica e harmônica das normas vigentes, atendendo-se aos princípios norteadores do direito processual civil.

Na sua redação originária, o art. 5º da Lei n. 5.741/1971 estabelecia que os embargos previstos no art. 1.010 do CPC/1939, incisos I e II, não suspenderiam a execução.

Entretanto, com o novo Código de Processo Civil de 1973, o referido artigo passou a ter a seguinte redação:

“Art. 5º — O executado poderá opor embargos no prazo de 10 (dez) dias contados da penhora e que serão recebidos com efeito suspensivo, desde que alegue e prove:

I - que depositou por inteiro a importância reclamada na inicial;

II - que resgatou a dívida, oferecendo desde logo a prova da quitação.

Parágrafo único. Os demais fundamentos de embargos, previstos no artigo 741 do Código de Processo Civil, não suspendem a execução.”

Cediço que a remissão feita pelo dispositivo à norma do Código de Processo Civil é expressa, podendo concluir-se que o legislador, ressaltando a especificidade da hipótese tratada, não se furto a adaptar a norma especial aos comandos gerais da lei processual então vigente.

Acontece que **a posteriori** editou-se a Lei n. 8.953/1994 que, embora tenha mantido a redação do art. 741, acrescentou o § 1º ao art. 739, assim dispondo:

“Art. 739 — (...)

§ 1º Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo.”

A determinação legal apresenta-se pertinente face à Carta Magna que, no seu art. 5º, assegura a todos a ampla defesa e o contraditório nos processos judiciais. Com efeito, uma vez assegurado o juízo com a penhora, como o foi nos autos, não há sentido em se prosseguir a execução, haja vista que, consoante vem se percebendo em processos como este, não é raro o excesso de execução e o desrespeito ao critério de reajustamento previamente estabelecido.

O efeito suspensivo nos embargos, impedindo a desocupação imediata do imóvel, é imprescindível para prevenir a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação à parte, não se olvidando o fato de que inexistente prejuízo à recorrente, visto que eventual arrematação do bem penhorado somente será possível após rejeitados os embargos, nos termos do art. 6º da Lei n. 5.741/1971.

Neste sentido, já se manifestaram as Primeira e Segunda Turmas desta Corte, em casos idênticos:

“Processual Civil. Recurso especial. Embargos do devedor. Lei n. 5.741, art. 5º e incisos. Efeito suspensivo.

1. A interpretação sistêmica permite a concessão do efeito suspensivo a embargos de devedor apresentado pelo mutuário da casa própria financiado pelo SFH, onde pretende discutir, ao ser executado, a aplicação do Plano de Equivalência Salarial, excesso de execução, capitalização indevidas de juros e saldo devedor corrigido pela TR.

2. Vinculação insuperável do art. 739, § 1º, do CPC, com o art. 5º e incisos da Lei n. 5.741/1971.

3. Recurso especial improvido”.

(REsp n. 178.129/PR, Relator o Ministro José Delgado, DJ de 1º.03.1999)

“Processual Civil. SFH. Execução hipotecária. Embargos do devedor. Efeito suspensivo. Arts. 739 e 741 do CPC. Avisos de cobrança. Exigibilidade. Precedentes.

1. Na conformidade dos arts. 739 e 471 do CPC, com a redação da Lei n. 8.953/1994, os embargos do devedor, nas execuções intentadas com base na Lei n. 5.741/1971, serão recebidos no efeito suspensivo.

2. Na execução hipotecária de crédito vinculado ao SFH, é imprescindível a comprovação da expedição dos prévios avisos de cobrança.

3. Recurso especial conhecido e provido”.

(REsp n. 89.638/PR, Relator o Ministro Peçanha Martins, DJ de 18.10.1999)

No mesmo sentido, recente decisão desta Primeira Turma no AgRg no REsp n. 328.550/PR, publicada em 30.09.2002, confirmando decisão da lavra do Ministro Milton Luiz Pereira, assim ementada:

“Processual Civil. Execução hipotecária. Embargos. Efeito suspensivo. CPC, artigos 739 e § 1º e 741 (art. 5º). Leis ns. 6.014/1973 (art. 14) e 8.953/1994.

1. Ditada nova redação para os artigos 739 e 741, CPC (Lei n. 8.953/1994), os embargos de devedor, opostos à execução processada com base na Lei n. 5.741/1971, têm efeito suspensivo.

2. Multifários precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso sem provimento.”

(REsp n. 328.550/PR, DJ de 07.05.2002)

Destarte, nas decisões colacionadas restou incontroversa a interpretação integrativa das duas normas que, **ab initio**, aparentam ser conflitantes. Entretanto, a melhor exegese para o assunto demanda uma harmonização entre elas, onde não haja sobreposição de uma em relação a outra, mas sim uma consideração da integralidade do ordenamento jurídico.

Veja-se a fundamentação do voto proferido pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no REsp n. 249.050/PR, DJ de 02.04.2001, defendendo a coexistência das normas jurídicas em comentário:

“Discute-se nos autos sobre a aplicação da regra do art. 5º da Lei n. 5.741/1971 (que dispõe sobre a proteção do financiamento de bens móveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação), o qual estabelece que embargos do devedor serão recebidos com efeito suspensivo somente se provarem o pagamento ou depósito do valor da dívida e que, quando tiverem como fundamento qualquer um daqueles previstos no art. 741 do Código de Processo Civil, o efeito será meramente devolutivo.

A referida regra não mais prevalece em face das disposições da Lei n. 8.953/1994, que acrescentou o § 1º ao art. 739 e alterou a redação do art. 741 do Código de Processo Civil, determinando que os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo, com abrangência total ou parcial conforme o caso, qualquer que seja a espécie de procedimento em que sejam opostos.

Destarte, seja qual for o fundamento dos embargos recebidos, haverá suspensão do processo executivo, inclusive de crédito hipotecário, pois a remissão da Lei n. 5.741, CPC, deve se harmonizar com a nova disciplina que a matéria possui no ordenamento processual civil. Neste sentido já se pronunciou esta Turma no julgamento do REsp n. 168.572/PR (DJ de 31.08.1998), da relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar (...)

Outrossim, impende ressaltar que não se trata da hipótese de revogação de norma especial por norma geral. Trata-se de uma melhor adequação das normas processuais face à sistemática constitucional, que expressamente resguarda a garantia do devido processo legal, ampla defesa e o contraditório.

Posto isso, divergindo do eminente Relator, nego provimento ao recurso especial, por entender ser cabível o efeito suspensivo nos embargos interpostos à execução hipotecária.

### RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, peço vênha para continuar com o meu ponto de vista, não obstante os precedentes citados.

A Lei n. 5.741/1971 institui um regime próprio, especial, a partir da sua própria mensagem, que dispõe a respeito da proteção ao financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, que é regra específica. Não há dispositivo determinado que revogue essa lei nem esse dispositivo. Estamos afastando o seu art. 5º por uma interpretação sistêmica, por uma incompatibilidade que parece existir, porque temos que considerar a referida lei inaplicável em seu todo, visto que traz um regime específico para esse tipo de proteção ao financiamento dos imóveis vinculados.

O Decreto-Lei n. 70 permite até a execução pelo próprio exequente, e o Supremo Tribunal Federal reconheceu a sua inconstitucionalidade, mas não entendeu que tenha sido revogado pelo novo Código Processual Civil. Esse decreto-lei se choca com toda a forma de execução do Código Processual Civil.

Peço vênia para manter o meu voto, acompanhando o voto do Sr. Ministro-Relator no sentido de dar provimento ao recurso especial.

#### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, em que desafia acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Consta dos autos que Maria Madalena Ribeiro, ora recorrida, interpôs embargos de devedor em ação de execução hipotecária. Com fundamento no art. 5º da Lei n. 5.741/1971, o Juízo de 1ª instância não proferiu efeito suspensivo aos referidos embargos.

Irresignada, a Recorrida apresentou agravo de instrumento. O Tribunal **a quo** deferiu o pedido de declaração de efeito suspensivo aos embargos de devedor, mesmo quando interpostos em ação de execução hipotecária, sob os fundamentos de que a Lei n. 5.741/1971 foi editada em período que o Código de Processo Civil delimitava hipóteses de atribuição de efeito suspensivo e, levando-se em consideração as modificações sofridas pelo ordenamento jurídico atual, a referida lei deve também ser adaptada para a real situação trazida pelo novo § 1º do art. 739 do CPC, onde atribui-se efeito suspensivo a todos os embargos à execução.

Em sede de recurso especial, sustenta a Recorrente que o v. acórdão vergastado violou o art. 5º da Lei 5.741/1971, alegando que no confronto entre aquele dispositivo e o novo § 1º do art. 739 do CPC, deve prevalecer a lei que trata das execuções hipotecárias, face ao princípio geral do direito em que lei geral não revoga lei especial.

O eminente Ministro-Relator Humberto Gomes de Barros proferiu voto no sentido de acolher a pretensão da Recorrente, sob o fundamento de que coexistem dois sistemas paralelos e estanques entre a lei que disciplina cobrança de crédito hipotecário e a lei geral, não havendo alcance entre ambas, devendo, portanto, prevalecer a lei especial.

Em voto-vista, o Ministro Paulo Medina discorda da posição acima explicitada, sob o fundamento de que “o efeito suspensivo concedido aos embargos interpostos em execução hipotecária traduz uma interpretação sistêmica e harmônica das normas vigentes, atendendo-se aos princípios norteadores do direito processual civil.”

Com efeito, a Lei n. 5.741 de 1971 foi editada enquanto vigia o Código de Processo Civil de 1939 que limitava a atribuição de efeito suspensivo dos embargos à execução a hipóteses restritas. Conseqüentemente, a lei que versa sobre cobrança de crédito hipotecário não poderia dar outro tratamento aos embargos de devedor senão o de restringir seu efeito suspensivo, seguindo o posicionamento do CPC de 1939.

É notório que a Lei n. 5.741/1971 visou integrar-se ao sistema processual geral, o que se depreende da leitura do seu artigo 5º, parágrafo único, **in verbis**:

“Art. 5º — O executado poderá opor embargos no prazo de 10 (dez) dias contados da penhora e que serão recebidos com efeito suspensivo, desde que alegue e prove:

I - que depositou por inteiro a importância reclamada na inicial;

II - que resgatou a dívida, oferecendo desde logo a prova da quitação.

Parágrafo único. Os demais fundamentos de embargos, previstos no art. 741 do Código de Processo Civil, não suspendem a execução”.

O Código de Processo Civil, desde a edição da Lei n. 5.741/1971, sofreu severas modificações quanto ao efeito suspensivo dos embargos de devedor, tendo em vista a real necessidade de não mais restringir esta característica a apenas algumas hipóteses, visando através dessa novel sistemática, evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação ao executado em face do grau de prejudicialidade da oposição do devedor frente à execução.

Conseqüentemente, a remissão engendrada pela Lei n. 5.741/1971 ao artigo 741 do CPC revela sua submissão ao sistema exsurgido em data posterior, devendo-se considerar também o § 1º do artigo 739, do mesmo código, aplicável à execução especial, harmonizando-se, por isso, a lei antiga com o novel sistema introduzido pela Lei n. 8.953/1994. Dessa forma, não há que se falar em revogação de lei

especial por lei geral já que se trata de compatibilização de leis promulgadas em diferentes momentos do ordenamento jurídico.

Eis os ensinamentos de **Evaristo Aragão Ferreira dos Santos** sobre este tema:

“Por se tratar de execução fundamentada em lei especial, o magistrado **a quo** deve observar, também, a adequabilidade da regra inserta neste dispositivo em face da atual sistemática adotada pelo Código de Processo Civil. Isto porque a lei especial anterior somente pode ser aplicada naquilo em que não conflitar com o regime do novo código.

(...)

Assim, sendo incompatíveis a norma geral e a especial, ambas hão de sobreviver, aplicando-se a especial, desde que ocorrentes os pressupostos respectivos, nos casos restritos e especial de sua abrangência, e a geral nos casos gerais.

Esta compatibilidade de leis, no entanto, não existe na situação em exame. Como se sabe, na execução comum, na hipótese de se executar um contrato que contenha garantias reais, a penhora, necessariamente, deverá recair sobre os bens dados em garantia. Garantindo o juízo, o devedor poderá opor embargos, que, segundo o art. 739, § 1<sup>o</sup>, do CPC, serão sempre recebidos com efeito suspensivo. Na execução especial, até o momento da efetivação da penhora, ocorre o mesmo. O bem que garante o mútuo hipotecário é penhorado e abre-se prazo para a oposição de embargos. Inexplicavelmente, porém, embora o juízo já estivesse garantido pela penhora do imóvel financiado, a suspensão da execução, que deveria ser automática, foi expressamente condicionada e restringida a apenas duas hipóteses.

Deve-se, portanto, analisar as disposições de caráter especial da Lei n. 5.741/1971 e considerá-la em vigor somente naquilo em que não conflitem com o regime do Código de Processo Civil.

Até a edição da Lei n. 8.953/1994, o CPC não determinava, expressamente, que o recebimento dos embargos à execução implicaria, inexoravelmente, à suspensão da execução, embora doutrina e jurisprudência há muito já reconhecessem esse efeito.

Em razão disso, após a edição da referida lei, que acrescentou o § 1<sup>o</sup> ao art. 739 do CPC e tornou a regra do recebimento de embargos à execução no efeito suspensivo, a restrição imposta pela Lei n. 5.741/1971 de modo algum pode continuar sendo admitida, na medida em que colide com o regime do novo Código.” (In “Processo de Execução e Assuntos Afins”. Coordenação: **Teresa Arruda Alvim Wanbier**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. pp. 212/214).

Deveras, este também é o entendimento sufragado por esta Corte, conforme extrai dos seguintes julgados:

“SFH — Execução hipotecária — Embargos do devedor — Efeito suspensivo — Lei n. 5.741/1971.

I - Esta Corte vem se posicionando no sentido de que, após a edição da Lei n. 8.953/1994, dando nova redação aos artigos 739 e 741 do CPC, os embargos do devedor, opostos à execução intentada com base na Lei n. 5.741/1971, tem efeito suspensivo, mesmo nos casos em que não cumpridas as exigências do artigo 5º, I e II, da Lei n. 5.741/1971.

II - Recurso especial não conhecido

(REsp n. 260.327/SE, Relator Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ de 16.04.2001)

Execução hipotecária. SFH.

Embargos. Efeito suspensivo. Depois da edição da Lei n. 8.953/1994, dando nova redação aos arts. 739 e 741 do CPC, os embargos do devedor, opostos à execução intentada com base na Lei n. 5.741/1971, tem efeito suspensivo.

Recurso não conhecido.

(REsp n. 168.572/PR, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 31.08.1998)

Processo Civil. Embargos do devedor. Efeito suspensivo. Execução fundada na Lei n. 5.741/71. Prevalência do art. 739, § 1º, CPC. Recurso não conhecido.

— Recebidos os embargos à execução fundada na Lei n. 5.741/1971, suspende-se o processo executivo, independentemente das alegações do embargante, porquanto a referida legislação deve harmonizar-se com o art. 739, § 1º, CPC, com a redação dada pela Lei n. 8.953/1994.

(REsp n. 294.050/PR, Relator Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 02.04.2001.

Conforme o exposto, nego provimento ao recurso especial.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 470.539 — RS (2002/0123829-3)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Procuradores: Telmo Lemos Filho e outros

Recorrida: Pastificio Caxiense S/A Indústria e Comércio S/A — Massa Falida

Advogado: Nelson Cesa Sperotto

### EMENTA

Processual Civil. Tributário. Execução fiscal. Massa falida. Bens penhorados. Dinheiro obtido com a arrematação. Entrega ao juízo universal da falência. Credores privilegiados.

1. O produto arrecadado com a alienação de bem penhorado em execução fiscal, antes da decretação da quebra, deve ser entregue ao juízo universal da falência, consoante julgado, por maioria, da Corte Especial no REsp n. 188.148/RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, publicado no DJ de 27.05.2002.

2. O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, ressalvada a cobrança judicial do crédito tributário, que não se sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento.

3. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho. (Arts. 186 e 187, do CTN, c.c. art. 7º, da Lei de Falências e art. 29, da Lei de Execução Fiscal).

4. O concurso de credores caracteriza-se como um incidente da fase de pagamento, no qual os créditos são verificados, classificados e implementados. Desta sorte, remeter o produto da expropriação da execução fiscal ao juízo universal significa submeter o Erário ao concurso de credores em juízo alhures, violando a norma complementar federal.

5. Ressalva do entendimento do Relator no sentido de que a exegese escoreita que preserva tanto as prerrogativas do Estado quanto o privilégio dos créditos **necessarium vitae**, como soem ser os trabalhistas e derivados de ações acidentárias, recomenda que, informado o juízo fazendário fiscal pelo juízo falimentar acerca dos créditos preferenciais, constituídos ou a constituir, reserve a parcela necessária a esse implemento e só após proceda ao pagamento das preferências tributárias, remetendo a sobra ao juízo da falência.

6. Recurso especial improvido, ressalvado o entendimento do Relator.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado, Francisco Falcão e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Luiz Fux, Relator

---

Publicado no DJ de 24.02.2003

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: O Estado do Rio Grande do Sul, interpôs recurso especial (fls. 74/84), com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, do permisivo constitucional, contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 60):

“Agravo de instrumento. Execução fiscal. Penhora anterior à decretação da quebra. Leilão. Destino do produto da arrematação em face da preferência creditória.

Os créditos decorrentes da legislação preferem, de forma absoluta, aos do Estado, razão pela qual o produto arrecadado com a venda dos bens em hasta pública na execução fiscal deve ficar à disposição da massa falida, a fim de que, primeiramente, sejam satisfeitos os créditos preferenciais.

Irrelevância de a constrição sobre os bens ter se dado anteriormente à decretação da quebra.

Exegese que resulta da combinação do art. 5º da Lei n. 6.830/1980 e 186 do CTN.

Recurso a que se nega seguimento.” (Fl. 60)

Narram os autos que o agravo de instrumento foi interposto contra decisão que entendeu que, embora a penhora do bem tenha ocorrido em data anterior à quebra, o produto da arrematação deveria permanecer à disposição do juízo falimentar.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso.

Irresignado, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso especial alegando, em síntese, que o acórdão recorrido contrariou o art. 187 do CTN; arts. 5º e 29

e parágrafo único, da Lei n. 6.830/1980 e arts. 70, § 4º, e 24, § 2º, I, da Lei de Falências, sob o fundamento de que na hipótese de a execução fiscal ser ajuizada antes da decretação da falência, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação do juízo falimentar.

Sustenta, ainda, que o produto da arrematação dos bens penhorados deve permanecer nos autos da execução fiscal, já que a execução da dívida ativa não se sujeita ao processo de quebra da empresa, cabendo aos eventuais credores habilitarem seus créditos no próprio juízo executor, em vez de o Estado habilitar seu crédito no juízo universal.

Afirma, ainda, que o julgado divergiu da orientação consagrada em outros Tribunais, inclusive no Superior Tribunal de Justiça.

Parecer do Ministério Público Estadual às fls. 84/92, pugnando pela admissão do recurso especial.

Sem contra-razões, o recurso foi admitido no Tribunal **a quo**, consoante despacho de fls. 94/96.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, a alegada violação dos arts. 5º e 29 e parágrafo único, da Lei n. 6.830/1980 e arts. 70, § 4º, e 24, § 2º, inciso I, da Lei de Falências, não foi devidamente prequestionada, descumprindo o requisito essencial para o conhecimento do recurso especial quanto à alínea **a** do permissivo constitucional. De fato, o acórdão recorrido está fundamentado tão-somente nos dispositivos do Código Tributário Nacional, nada falando a respeito dos dispositivos legais mencionados pelo Recorrente, ou da matéria neles tratada. Incide, assim, na hipótese dos autos, o disposto na Súmula n. 282, do colendo Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

Quanto ao artigo 187 do CTN, este restou devidamente prequestionado. Demonstrado o dissídio jurisprudencial, nos moldes exigidos pelo art. 255, do RISTJ, conheço do recurso especial interposto.

A questão **sub examine** cinge-se a apontar a destinação do produto da alienação judicial de bens penhorados em execução fiscal quando a executada foi submetida a processo falimentar instaurado posteriormente à penhora.

No julgamento do REsp n. 399.241 de minha relatoria, entendi que o produto arrecadado com a alienação de bem penhorado em execução fiscal, antes da decre-

tação de falência, permanece à disposição daquele processo executivo, ressalvando que eventuais créditos trabalhistas teriam preferência sobre o crédito tributário **sub judice**. Nessa esteira, colacionei precedentes deste egrégio STJ.

Entretanto, verifico que a matéria vertente foi amplamente discutida quando do julgamento do REsp n. 188.148/RS, publicado em 27.05.2002, levado à apreciação da Corte Especial pelo ilustre Relator, Ministro Humberto Gomes de Barros, prevalecendo a sua tese no sentido de que a decretação da falência não tem o condão de paralisar o processo de execução fiscal, nem de desconstituir a penhora, uma vez que o sistema jurídico brasileiro livra o Estado de habilitar seus créditos em processo falimentar. No entanto, o produto da alienação judicial dos bens penhorados deve ser entregue ao juízo universal da falência para apuração de privilégios e eventual rateio entre os credores.

Segue-se, abaixo, a transcrição da ementa:

“Processual — Execução fiscal — Massa falida — Bens penhorados — Dinheiro obtido com a arrematação — Entrega ao juízo universal — Credores privilegiados.

I - A decretação da falência não paralisa o processo de execução fiscal, nem desconstitui a penhora. A execução continuará a se desenvolver, até a alienação dos bens penhorados.

II - Os créditos fiscais não estão sujeitos a habilitação no juízo falimentar, mas não se livram de classificação, para disputa de preferência com créditos trabalhistas (DL n. 7.661/1945, art. 126).

III - Na execução fiscal contra falido, o dinheiro resultante da alienação de bens penhorados deve ser entregue ao juízo da falência, para que se incorpore ao monte e seja distribuído, observadas as preferências e as forças da massa.”

Não obstante a manifestação da Corte Especial, ressalvo o meu entendimento, porquanto convergente ao esposado pelo voto dos Ministros Milton Luiz Pereira e Sálvio de Figueiredo, vazados nos seguintes termos, respectivamente:

“O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Motivado por dúvidas, socorri-me da vista direta das peças informativas, com o fito de fazer calmosa reflexão a respeito da destinação dos bens penhorados na execução fiscal: Juízo da execução ou Juízo da falência, quando decretada após a instauração do processo executivo?

Encerrado o exame, apresento os autos em mesa, inicialmente sublinhando que, efetivada a penhora, foi indeferido o pedido do Exequente para a

designação de datas e realização do leilão, fundado o ato judicial no estado falencial da executada.

Daí o agravo, sustentando que o crédito tributário não está sujeito ao concurso de credores e tem preferência sobre quaisquer outros, exceto os trabalhistas (art. 187, CTN e art. 29, Lei n. 6.830/1980), realçando que a penhora foi realizada em 24.07.1996 e a falência decretada em 1997.

O aresto sob ferrete na via especial, assentou:

“... diversamente do entendido pelo agravante, que a decisão atacada não indeferiu a designação ou realização do leilão no juízo deprecado. Antes, admitiu que se efetivasse dito leilão, apenas com a ressalva, comunicada ao juízo deprecado, de que o produto da alienação fosse encaminhado para o juízo universal da falência, eis que poderia haver créditos com maior preferência (fl. 15).

Nada mais adequado, pois, uma vez havendo a alienação forçada ou a expropriação dos bens penhorados (fl. 10, verso), o produto da arrematação bem poderá entrar para a massa falida, como entendido na respeitável decisão agravada.

Ora, pelos termos do art. 186, do CTN, o crédito tributário prefere a qualquer outro, porém, ressalvados os créditos trabalhistas, o que mostra que o crédito tributário não é tão absoluto.

Daí, no caso, ser razoável que o produto da arrematação entre para a massa falida, ficando à disposição do respectivo juízo, para a adequada liberação.” (Fl. 29)

O Estado-recorrente (art. 105, III, **a**, **c**, CF), procurando demonstrar que foram contrariados os artigos 5º e 29, da Lei n. 6.830/1980, em resenha, avivou:

“Se a execução da dívida ativa não se sujeita ao processo de quebra, é na execução fiscal que devem ser habilitados eventuais créditos que prefiram aos tributários, não se admitindo a inversão do que dispõe a lei aplicável à questão.

Não cabe disponibilizar o produto da venda judicial, retirando-o da competência da execução e “dando-o” à falência, pois que esse ato tipifica transgressão aos dispositivos legais indicados”. (Fl. 37).

À parla de divergência, destacou precedente desta Corte, assinalando:

“Hipótese em que, acima de tudo, a penhora é muito anterior à decretação da falência, não se obrigando que o produto da arrematação

seja posto à disposição do Juízo Falimentar, consoante decorre do enunciado da Súmula n. 44, do extinto Tribunal Federal de Recursos, mantido no excelso Pretório”. (REsp n. 9.975/SP — Rel. Min. Hélio Mosimann, **in** DJ de 26.02.1992.).

Como âncoras dessa sustentação ainda foram relacionados: RE n. 79.456 — **in** RTJ 75/578; RE n. 82.114, **in** DJ de 1<sup>a</sup>.07.1977 e RE n. 105.632-1, **in** Lex 85/204 (fl. 38).

No seu turno de afirmação, o eminente Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, observou na questão de ordem suscitada no âmbito da egrégia Turma de origem:

“... a Primeira Turma acertou-se no entendimento adotado pelo acórdão recorrido.

Já a Segunda Turma — prestigiada pela maioria da Primeira Seção — ajusta-se na tese de que o produto dos bens penhorados pelo Estado destinam-se a ele, ressalvada a hipótese de algum credor requerer, nos próprios autos da execução fiscal, a instauração de concurso de preferência.

Em pesquisa que desenvolvi sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apurei que a divergência ultrapassa os limites da Primeira Seção: a quarta Turma, no julgamento do REsp n. 127.632, acordou em que os valores apurados com a alienação de bens penhorados em executivos fiscais só serão entregues ao exequente, após comunicação feita pelo juízo universal da falência, sobre os créditos habilitados. (REsp n. 109.705/RS/Rosado)”. — fl. 55.

Negando provimento e situando o caso concreto, ofereceu a solução em abreviado, cônsono à fundamentação resumida na ementa:

“Processual. Execução fiscal. Massa falida. Bens penhorados. Dinheiro obtido com a arrematação. Entrega ao juízo universal. Credores privilegiados.

I - A decretação da falência não paralisa o processo de execução fiscal, nem desconstitui a penhora. A execução continuará a se desenvolver, até a alienação dos bens penhorados.

II - Os créditos fiscais não estão sujeitos à habilitação no juízo falimentar, mas não se livram de classificação, para disputa de preferência com créditos trabalhistas (DL n. 7.661/1945, art. 126).

III - Na execução fiscal contra falido, o dinheiro resultante da alienação de bens penhorados deve ser entregue ao juízo da falência, para

que se incorpore ao monte e seja distribuído, observadas as preferências e as forças da massa.”

Feito o memento, é hora de anotações versando as questões surgentes do recurso em causa. E, com esse propósito, inicialmente, são dispensáveis comentários no caso de processo executivo encerrado ou a quando a quebra for posterior, por óbvio, descogitando-se da habilitação. Todavia, ganha significativo foro enredar que a relação jurídico-litigiosa sob exame revela três planos: 1<sup>o</sup>) — a competência para processar e julgar a execução fiscal; 2<sup>o</sup>) — o surgimento da quebra do executado e habilitação em falência, simultaneamente instaurada ou posteriormente; 3<sup>o</sup>) — a penhora no processo de execução e a destinação do resultado do leilão.

Nessa esteira, por força cogente de mandamentos legais, contempla-se que a execução de créditos fiscais, com a presunção de liquidez e certeza, processa-se em via especial (Lei n. 6.830/1980). Logo, no plano básico, o *juízo natural* identifica-se naquele instituído com competência para as ações do interesse da Fazenda Pública (Federal, Estadual e Municipal), conforme a Lei Maior, regras processuais comuns e da organização judiciária. No ponto, ressoando forte a proclamação do art. 5<sup>o</sup>, Lei n. 6.830/1980. Por outra vereda, diante da existência de processo falimentar, duas circunstâncias podem ocorrer: uma, com a penhora concretizada no processo executivo *antes* da “quebra”; outra, *depois*. Situações que reclamam soluções específicas, à vista da necessidade de classificação dos créditos preferenciais. Aí, a vertente das dificuldades, consideradas as disposições contidas nos artigos 186, 187 e 188, CTN; 5<sup>o</sup> e 29, Lei n. 6.830/1980. Desde logo, porém, anota-se que a *preferência* em comento, por si, não se incompatibiliza com o disposto no artigo 19, III, Constituição Federal (Súmula n. 563/STF).

Decorrente das mencionadas disposições codificadas para a ordem tributária, percebe-se que a dita “preferência” tem natureza material, por isso, impondo-se em qualquer processo ou Juízo, ressaltando-se que somente o da execução fiscal pode declará-la nos casos em que a decretação da falência for posterior à penhora — hipótese ocorrente —.

Enfim, conjugadas as disposições comemoradas, à vista fácil, depreende-se que o processo executivo fiscal é autônomo. Significa dizer que, proposta ação executiva fiscal e efetuada a penhora, a posterior decretação da “quebra”, por si, não transfere à massa falida o bem antecedentemente penhorado e, como regra geral, nem o montante proveniente da alienação. Essas noções

não constituem lançamentos inéditos. Com efeito, o excelso Supremo tem precedentes que as prestigiam; **inter alia**:

“O Juízo da Vara das Execuções Fiscais não é incompetente uma vez que a execução e a penhora são, no caso, muito anteriores à decretação da falência, não tendo sido, por isso mesmo, arrecadados os bens penhorados pelo Juízo Falimentar, dado o entendimento jurisprudencial de que “ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação do Juízo Falimentar” (Súmula n. 47 do TFR). E por não serem os bens penhorados nessas condições susceptíveis de arrecadação pelo Juízo Falimentar não há, evidentemente, que se pretender a aplicação do artigo 40 da Lei das Falências”. (RHC n. 66.489/SP-STF-Rel. Min. Moreira Alves, **in** DJ de 18.11.1988).

No mesmo sentido:

“Executivo fiscal contra massa falida. Penhora. Falência. Bens arrecadados. Juízo federal. Juízo falimentar. Conflito de competência. Art. 125, I, da CF Arts. 5º e 29 da Lei n. 6.830/1980. Súmula n. 44 do TFR.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal se orientam no mesmo sentido que veio a ser consubstanciado na Súmula n. 44 do Tribunal Federal de Recursos e que inspira a decisão recorrida. A saber...” (RE n. 105.632/RJ — STF — Rel. Min. Rafael Mayer — **in** DJ de 04.10.1985).

Como visto, são julgados unânimes e apreciaram as disposições explicitadas nos artigos 5º e 29, da Lei n. 8.630/1980. Demais, não são arestos tresmalhados no tempo, uma vez que julgados desta Corte emolduram o mesmo entendimento; por exemplo:

“Processual Civil. Ação de execução fiscal ajuizada contra empresa devedora de ICMS. Bem da executada penhorado. Decretação da falência da empresa-executada. Suspensão do processo executivo fiscal: Não-ocorrência, devendo o mesmo ter prosseguimento normal. Alienação do bem penhorado. Destinação do produto da venda: Juízo da execução fiscal, e não o falimentar. Habilitação dos credores preferenciais no processo de execução fiscal: Possibilidade. Precedentes. Recurso parcialmente provido.

I - Tendo sido a ação de execução fiscal ajuizada e a penhora efetuada antes da decretação da falência da empresa-executada, não há que se falar em transmissão do produto da alienação do bem penhorado à massa falida, devendo tal montante ser colocado à disposição do juízo da execução fiscal.

II - A decretação da falência da empresa-executada não suspende o processo executivo fiscal, o qual prosseguirá normalmente.

III - Os eventuais credores preferenciais (em relação ao crédito tributário cobrado judicialmente pela via executiva fiscal) poderão habilitar seus créditos no processo de execução fiscal, enquanto o débito cobrado judicialmente pela via executiva não estiver satisfeito.

IV - O eventual saldo proveniente do processo de execução fiscal deverá ser transmitido de ofício pelo juiz à massa falida.

V - O reforço da penhora far-se-á no rosto dos autos do processo falimentar, citando-se o síndico.

VI - Aplicação do Enunciado n. 44 da súmula do extinto TFR.

VII - Inteligência dos arts. 5º e 29 da Lei n. 6.830/1980, dos arts. 186 e 187 do CTN, do art. 2º do Decreto-Lei n. 858/1969, e do § 4º do art. 70 do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

VIII - Precedentes do STF: RE n. 105.632/RJ e RHC n. 66.469/SP.

IX - Precedentes do STJ: CC n. 330/GO, REsp n. 74.741/RS, REsp n. 9.975/SP e REsp n. 17.043/SP.

X - Precedentes do extinto TFR: CC n. 3.941/PE, CC n. 1.166/GB e CC n. 678/RJ.

XI - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (REsp n. 109.705/RS — Rel. Min. Adhemar Maciel, *in* DJ de 20.10.1997);

“Processo Civil. Execução fiscal. Penhora de bens. Quebra superveniente do devedor.

Sobrevindo a quebra do devedor, após a penhora de bens, a execução fiscal prossigue até o pagamento do crédito da Fazenda Pública, o qual se subordina, no próprio juízo da execução fiscal, a concorrência preferencial dos créditos trabalhistas. Recurso especial conhecido e provido em parte.” (REsp n. 84.732/RS — Rel. Min. Ari Pargendler, *in* DJ de 17.02.1997);

“Embargos de divergência. Processo civil. Execução fiscal. Penhora. Decretação da falência da executada. Alienação do bem penhorado. Produto da venda. Juízo da execução. Recebimento dos embargos. Voto-vencido.

Ajuizada execução fiscal e formalizada a penhora anteriormente à falência, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo

falimentar, devendo o produto da venda ser colocado à disposição do Juízo da execução fiscal.” (EDcl no REsp n. 74.157/RS — Rel. Min. Helio Mosimann, **in** DJ de 19.10.1998).

No circunlóquio de igual compreensão: REsp n. 109.501/RS — Rel. Min. Garcia Vieira — **in** DJ de 18.05.1998 —; REsps n. 139.779/RS — 74.471/RS — Rel. Min. José Delgado — **in** DJ de 17.11.1997 —; REsp n. 139.749/RS — Rel. Min. Francisco Peçanha Martins — **in** DJ de 11.10.1999 —; REsp n. 149.831/SP — Rel. Min. Demócrito Reinaldo — **in** DJ de 22.02.1999 —; REsp n. 148.359/RS — Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — **in** DJ de 13.09.1999 —; REsp n. 94.796/RS — Rel. Min. Milton Luiz Pereira — **in** DJ de 24.11.1997; EDcl no REsp n. 109.705/RS.

A doutrina é confluyente da construção pretoriana, comportando lembrar a lição do exímio **José da Silva Pacheco**:

‘O crédito fiscal é incólume. Sai do âmbito da falência a dívida da Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal, objeto de execução fiscal, proposta antes da quebra, e que tem prosseguimento normal, intimando-se o síndico, sem qualquer atração do juízo falencial.’ (‘Processo de Falência e Concordata’ — p. 325).

Soando fortemente esses registros primordiais, sem dúvidas, o artigo 186, CTN, a dizer da preferência do crédito tributário, pela ordem, sobrepõe os créditos decorrentes da legislação do trabalho. Não obstante, a sobreposição deve ser conjugada com o artigo 29, Lei n. 6.830/1980, afivelando-se que a obrigatoriedade da instauração do concurso de credores somente ocorrerá na forma do parágrafo único, artigo 187, CTN. A rigor, pois, o artigo 29 citado e seus incisos esclarecem a redação do artigo 187, CTN.

Na seqüência, para que não pareça fuga ao enfrentamento, comporta enfocar os artigos 7º, § 2º, e 23, da Lei de Falências. Por esse pórtico, compreendo que a fixação da universabilidade do Juízo da falência, alberga os credores comuns (comerciais e civis), sem afetação do Juízo especial contemplado para a execução fiscal (Lei n. 6.830/1980). Repita-se, sem ofensa à ordem constitucional (Súmula n. 563/STF).

Deveras, a Lei n. 6.830/1980 é de natureza *especial* ou extravagante, tendo por objeto regular particularmente a execução fiscal, disciplinando-a peculiarmente. O legislador fugiu do *sistema geral* com o objetivo de privilegiar a Fazenda Pública com maior rapidez processual, inspirado por deliberada excepcionalidade. Portanto, editada *lei especial* a vigência concomitante com a *Lei Geral de Falência*, embora não revogue os princípios genéricos desta, que

persistem (art. 2º, § 2º, Lei de Introdução ao Código Civil), com ela convive. Todavia, sem perder a sua razão teleológica, com efeitos fora da ordem geral daquela que, na aplicação das disposições intercontextuais de processo, fica contida.

É dizer que a Lei n. 6.830/1980 cuida de situações singulares — somente afeiçoadas à Fazenda Pública —, enquanto que a Lei de Falências atende a situações gerais. A referida *lei especial* somente cede à outra geral quando as suas normas excepcionais mostram-se omissas ou lacunosas nas previsões processuais. Então, colhe subsídios no sistema geral. No caso, a Lei n. 6.830/1980 não tem espaços em branco, por isso é aplicada intimamente.

Em contrário pensar, seria tornar ineficaz o artigo 29, Lei n. 6.830/1980, por conseqüência, transferindo ao Juízo da falência a competência para processar a execução fiscal e desvinculando os bens penhorados do processo executivo. Por esse prumo, também, desfigurando o artigo 5º da mesma lei. Noutro eito, até o direito à adjudicação ficaria impossibilitado (art. 24, lei cit.).

Ordenadas as idéias, pode-se alçapremar que, após a penhora de bens, sobrevindo a “quebra” do devedor a execução deve prosseguir até o pagamento do crédito da Fazenda Pública, o qual se subordina, no próprio juízo da execução fiscal, a concorrência preferencial dos créditos assim classificados.

Por derradeiro, conquanto a solução preconizada no v. acórdão desafiado e privilegiada pelo acolhimento do eminente Relator deste recurso, possa facilitar a classificação dos créditos preferenciais, na sua conseqüência jurídica coarctada a aplicação do artigo 187, CTN e deixa a Fazenda Pública na orfandade “da garantia de que, na prática, o saldo eventual será devolvido ao Juízo da execução fiscal sem o pagamento dos encargos da massa, entre os quais a remuneração do síndico.” (REsp n. 84.732/RS — Rel. Min. Ari Pargendler).

Encerrada a exposição, com as escusas por divergir, *voto provendo o recurso*, a fim de que, sem a suspensão do processo executivo, o concurso de preferências entre os créditos habilitados e assim classificados seja processado no próprio Juízo da execução, a final, remetendo-se o saldo do valor obtido com o leilão à massa falida.

É o voto-vista.”

“O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

I - Em execução fiscal ajuizada pelo recorrente, decidiu o Juiz da causa que o produto arrecadado com o leilão do bem penhorado deveria ser encaminhado ao juízo universal da falência da devedora. Interposto agravo, o Tribu-

nal de Justiça do Rio Grande do Sul negou-lhe provimento, consoante esta ementa:

“Execução fiscal. Falência da devedora. Realização do leilão. Produto da arrematação.

Embora o crédito fiscal não esteja sujeito à habilitação em falência da devedora, decretada após a penhora em execução que lhe move a Fazenda Estadual, o produto da arrematação poderá entrar para a massa, ficando à disposição do respectivo juízo, para adequada liberação. Isso, em vista da existência de eventual crédito de maior preferência. Hipótese em que, diversamente do entendido pelo recorrente, não foi indeferida a realização de leilão.

Agravo desprovido”.

Do voto-condutor do aresto, colho a seguinte fundamentação:

“Ora, pelos termos do art. 186, do CTN, o crédito tributário prefere a qualquer outro, porém, ressalvados os créditos trabalhistas, o que mostra que o crédito tributário não é tão absoluto.

Daí, no caso, ser razoável que o produto da arrematação entre para a massa falida, ficando à disposição do respectivo juízo, para a adequada liberação”.

Sobreveio o recurso especial, arrimado em ambas as alíneas do permissor constitucional, veiculando alegação de ofensa aos arts. 5º e 29 da Lei n. 6.830/1980 e 186 e 187 do Código Tributário Nacional, além de dissídio interpretativo. Sustenta o Estado, em linhas gerais, que, “... se a execução da dívida ativa não se sujeita ao processo de quebra, é na execução fiscal que devem ser habilitados eventuais créditos que prefiram aos tributários, não se admitindo a inversão do que dispõe a lei aplicável à questão”. Em outras palavras, argumenta o recorrente que o produto da arrematação do bem penhorado deve permanecer nos autos da execução fiscal, cabendo aos eventuais credores habilitar seus créditos no próprio juízo executor, em vez de o Estado habilitar seu crédito no juízo universal, notadamente porque a penhora, no caso, é anterior à decretação da falência.

Sem as contra-razões, foi o recurso admitido na origem.

Distribuídos os autos ao Ministro Humberto Gomes de Barros, S. Ex<sup>a</sup> propôs à Primeira Turma submeter o julgamento à Corte Especial, nos termos do art. 34, XII, RISTJ, diante da divergência no âmbito do Tribunal.

Acolhida a sugestão, o Ministro-Relator trouxe o processo a julgamento nesta Corte Especial, e proferiu voto pelo conhecimento do recurso, pela diver-

gência, mas por seu desprovimento. Entendeu S. Ex<sup>a</sup> que a decretação da falência não tem o condão de paralisar o processo de execução fiscal, nem de desconstituir a penhora, uma vez que o “sistema jurídico brasileiro livra o Estado de habilitar seus créditos, em processo falimentar”. De outro lado, no entanto, concluiu que o “dinheiro resultante da alienação dos bens penhorados deve ser entregue ao juízo da falência, para que se incorpore ao monte e seja distribuído, observadas as preferências e as forças da massa”.

O Ministro Milton Luiz Pereira, em voto-vista, divergiu, concluindo que, “proposta a ação executiva fiscal e efetuada a penhora, a posterior decretação da quebra, por si, não transfere à massa falida o bem antecedentemente penhorado e, como regra geral, nem o montante proveniente da alienação”, no que foi acompanhado pelos Ministros José Delgado e José Arnaldo da Fonseca.

Acompanharam o Relator os Ministros Cesar Asfor Rocha e Vicente Leal.

Em voto-vista, a Ministra Eliana Calmon concluiu que “os bens penhorados antes da quebra ficam livres da arrecadação e, realizada a praça ou leilão, a possível sobra deve ser posta à disposição do juízo falimentar”, diferentemente, portanto, do Relator, que votara pela remessa, ao juízo falimentar, de todo o produto da arrecadação, e não apenas da sobra.

A seguir, após os votos dos Ministros Nilson Naves (vista), Edson Vidigal, Garcia Vieira e Fontes de Alencar, em adesão à corrente encabeçada pelo Relator, pedi vista para melhor exame.

*II* - A matéria controvertida centra-se no ponto de fixar a destinação do produto da arrematação efetuada depois da decretação da quebra quanto aos bens penhorados nos autos de execução fiscal anteriormente à falência.

Além da posição da Ministra Eliana Calmon, de um lado os Ministros Gomes de Barros (Relator), Cesar Rocha, Vicente Leal, Nilson Naves, Edson Vidigal, Garcia Vieira e Fontes de Alencar concluíram pela remessa do produto da arrecadação ao juízo falimentar. De outro, estão os Ministros Milton Luiz Pereira, José Delgado e José Arnaldo da Fonseca, para os quais o valor arrecadado pela arrematação deve permanecer no próprio juízo da execução, instaurando nos respectivos autos o concurso de preferência entre os créditos habilitados, remetendo-se apenas o saldo remanescente ao juízo falimentar.

*III* - No REsp n. 127.632/RS (DJ de 1<sup>a</sup>.07.1999), tive oportunidade de cuidar do tema, nestes termos:

“2. O ponto central da irresignação tem ensejado divergência tanto em tribunais estaduais e regionais, quanto no âmbito da jurisprudência desta Corte.

Expressam os arts. 5º e 29 da Lei n. 6.830/1980:

“Art. 5º A competência para processar e julgar a execução da dívida ativa da Fazenda Pública excluía de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário”.

“Art. 29. A cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.

Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

I - União e suas autarquias;

II - Estados, Distrito Federal e Territórios e suas autarquias, conjuntamente e **pro rata**;

III - Municípios e suas autarquias, conjuntamente e **pro rata**”.

A Segunda Turma, em 26.02.1992, sob a relatoria do Ministro **Hélio Mosimann**, enfrentando a questão no julgamento do REsp n. 9.975/SP (DJ de 30.03.1992), lançou, por unanimidade, o acórdão encimado, no que interessa, por esta ementa:

“— Hipótese em que, acima de tudo, a penhora é muito anterior à decretação da falência, não se obrigando que o produto da arrematação seja posto à disposição do juízo falimentar, consoante decorre do enunciado da Súmula n. 44, do extinto Tribunal Federal de Recursos, mantido no excelso Pretório”.

Essa orientação foi igualmente adotada nos REspns ns. 84.732/RS (DJ de 17.02.1997) e 109.705/RS (DJ de 20.10.1997), relatados pelos Ministros Ari Pargendler e Adhemar Maciel, respectivamente, assim ementados:

“Processo Civil. Execução fiscal. Penhora de bens, quebra superveniente do devedor, após a penhora de bens, a execução fiscal prossegue até o pagamento do crédito da Fazenda Pública, o qual se subordina, no próprio juízo da execução fiscal, à concorrência preferencial dos créditos trabalhistas. Recurso especial conhecido e provido em parte”.

“I – Tendo sido a execução fiscal ajuizada e a penhora efetuada antes da decretação da falência da empresa-executada, não há que se falar em transmissão do produto da alienação do bem pe-

nhorado à massa falida, devendo tal montante ser colocado à disposição do juízo da execução fiscal”.

A Primeira Turma, por seu turno, vinha adotando posição diversa, manifestada no REsp n. 74.157/RS (DJ de 04.03.1996), da relatoria do Ministro Gomes de Barros, de cuja ementa se lê:

“Processual. Execução fiscal — Massa falida — Bens penhorados — Dinheiro obtido com a arrematação — Entrega ao juízo universal — Credores privilegiados.

I - Os créditos fiscais não estão sujeitos à habilitação no juízo falimentar, mas não se livram da classificação, para disputa de preferência com créditos trabalhistas (DL n. 7.661/1945, art. 126).

II - Na execução fiscal contra falido, o dinheiro resultante da alienação de bens penhorados deve ser entregue ao juízo da falência, para que se incorpore ao monte e seja distribuído, observadas as preferência e forças da massa”.

Entretanto, no julgamento do REsp n. 74.471/RS (DJ de 02.09.1996), essa Turma, sendo Relator o Ministro José Delgado, proclamou:

“Execução. Fiscal. Falência. Decretação.

1. Quando já está em curso execução fiscal e, posteriormente, dá-se a quebra da executada, permanece o produto da arrematação sob a égide daquele processo.

2. O juízo da falência não alcança execução fiscal já aparelhada, devendo, se for o caso de credor preferencial, colocar-se este na ordem de preferência do seu crédito.

3. O produto da arrematação não deve ser posto à disposição da massa falida.

4. Recurso conhecido e provido”.

(...)

3. Do substancial voto proferido pelo Ministro Adhemar Maciel, no julgamento do REsp n. 109.705/RS, extraio:

“No mérito, o recurso especial merece prosperar em parte, ressaltando-se aos credores preferenciais a habilitação de seus respectivos créditos no processo de execução fiscal.

A Lei de Execução Fiscal, o CTN e o Decreto-Lei n. 858/1969 estabelecem que o processo de execução fiscal não se suspende com a decretação da falência.

Realmente, como bem observa o Professor **Bernardo Ribeiro de Moraes**, “na hipótese de falência superveniente, a execução fiscal terá prosseguimento” (“Compêndio de Direito Tributário”, Forense, 1984, p. 603).

Além disso, o bem penhorado antes da quebra, bem como o produto de sua alienação, não são transmitidos à massa falida.

(...)

Interpretando os dois últimos dispositivos (já que os arts. 5º e 29 da Lei n. 6.830/1980 ainda não estavam em vigor quando da elaboração do enunciado), o extinto Tribunal Federal de Recursos editou a Súmula n. 44, cujo teor é o seguinte:

“Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico”.

Como se vê, o processo executivo fiscal é autônomo, e independente do processo falimentar. Em outras palavras, proposta a ação de execução fiscal, e efetuada a penhora de bem da empresa-executada, a posterior decretação da quebra não tem o condão de transferir à massa falida o bem anteriormente penhorado, nem o montante proveniente da alienação. A respeito do tema, invoco os seguintes precedentes do extinto TFR:

“Processual Civil. Competência. Execução fiscal. Falência. Penhora. Hasta pública. Leilão. Código Tributário Nacional, art. 187.

I - Se a execução fiscal foi ajuizada anteriormente à decretação da falência, com penhora de bens, não ficam os bens assim penhorados sujeitos à arrecadação pelo juízo falimentar, permanecendo tais bens sob a administração do Juiz Federal que prosseguirá nos ulteriores da execução, até final.

II - Ajuizada a execução fiscal posteriormente à decretação da falência, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo falimentar, citando-se o síndico.

III - Precedentes do TFR: CC n. 2.376/RS, CC n. 1.166/RJ e CC n. 678/RJ.

IV - Conflito julgado improcedente” (CC n. 3.941/PE, Pleno do TFR, unânime, Relator Ministro Carlos Mário Velloso, publicado na RTFR 78/185) (grifei).

“A União Federal, para a cobrança de sua dívida ativa, não está sujeita ao Juízo Universal da Falência (art. 60, do Decreto-Lei n. 960, de 1930, e art. 2º do Decreto-Lei n. 858, de 1969). Em consequência, ao aludido Juízo desassiste o direito de arrecadar bens do executado-falido, penhorados em executivo fiscal promovido pela União Federal, antes da decretação da falência. Conflito positivo e parcial de jurisdição. Sua procedência” (CC n. 678/RJ, Pleno do TFR, unânime, Relator Ministro Henrique D’Ávilla, publicado na RTFR 78/160) (grifei).

No mesmo sentido é a jurisprudência desta Corte, senão vejamos:

“Conflito de competência — Execução fiscal — Penhora — Falência.

Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar.

Súmula n. 44 do TFR.

Conflito procedente” (CC n. 330/GO, Primeira Seção do STJ, unânime, Relator Ministro Miguel Ferrante, publicado no DJ de 10.10.1989) (grifei).

“— Hipótese em que, acima de tudo, a penhora é muito anterior à decretação da falência, não se obrigando que o produto da arrematação seja posto à disposição do juízo falimentar, consoante decorre do Enunciado da Súmula n. 44, do extinto Tribunal Federal de Recursos, mantido no excelso Pretório” (REsp n. 9.975/SP, Segunda Turma do STJ, unânime, Relator Ministro Hélio Mosimann, publicado na RSTJ n. 30/439).

“Execução fiscal. Falência. Decretação.

1. Quando já está em curso execução fiscal e, posteriormente, dá-se a quebra da executada, permanece o produto da arrecadação sob a égide daquele processo.

2. O juízo da falência não alcança execução fiscal já aparelhada, devendo, se for o caso de credor preferencial, colocar-se este na ordem de preferência do seu crédito.

3. O produto da arrematação não deve ser posto à disposição da massa falida.

4. Recurso conhecido e provido” (REsp n. 74.741/RS, Primeira Turma do STJ, por maioria, Relator Ministro José Delgado, publicado no DJ de 02.09.1996).

Nesse sentido também é a jurisprudência do STF, conforme se apreende das ementas dos seguintes precedentes:

“Executivo fiscal contra a massa. Penhora. Falência. Bens arrecadados. Juízo federal. Juízo falimentar. Conflito de competência. Art. 125, I, da CF; Arts. 5º e 29 da Lei n. 6.830/1980. Súmula n. 44 do TFR.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal se orientam no mesmo sentido que veio a ser consubstanciado na Súmula n. 44, do Tribunal Federal de Recursos e que inspira a decisão recorrida. A saber, ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no processo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo de quebra, citando-se o síndico.

Recurso extraordinário não conhecido” (REsp n. 105.632/RJ, Primeira Turma do STF, unânime, Relator Ministro Rafael Mayer, publicado no DJ de 04.10.1985) (grifei).

“— O juízo da vara das execuções fiscais não é incompetente uma vez que a execução e a penhora são, no caso, muito anteriores à decretação da falência, não tendo sido, por isso mesmo, arrecadados os bens penhorados pelo juízo falimentar, dado o entendimento jurisprudencial de que ‘ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação do juízo falimentar’ (Súmula n. 44 do TRF). E por não serem os bens penhorados nessas condições susceptíveis de arrecadação pelo juízo falimentar não há, evidentemente, que se pretender a aplicação do artigo 40 da Lei de

Falências” (RHC n. 66.469/SP Primeira Turma do STF, unânime, Relator Ministro Moreira Alves, publicado no DJ de 18.11.1988).

A propósito, transcrevo o seguinte trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Néri da Silveira, quando do julgamento do CC n. 1.166/GB:

“Acerca da arrecadação e guarda dos bens do falido, o art. 70, § 4º, do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945 — Lei de Falências — dispõe, **verbis**:

‘§ 4º Os bens penhorados ou por outra forma apreendidos, salvo tratando-se de ação ou execução que a falência não suspenda, entrarão para a massa, cumprindo o juiz, deprecar a requerimento do síndico, às autoridades competentes, a entrega deles’.

Ora, a teor do art. 60 do Decreto-Lei n. 960, de 17.12.1938:

‘A Fazenda, na cobrança de sua dívida ativa, não está sujeita a concurso de credores, nem à habilitação de crédito em falência, concordata ou inventário’.

Também no art. 2º, do Decreto-Lei n. 858, de 11.09.1969, estabelecido se fez, **verbis**:

‘Art. 2º A concordata preventiva ou suspensiva, a liquidação judicial ou a falência não suspenderão o curso dos executivos fiscais nem impedirão o ajuizamento de novos processos para a cobrança de créditos fiscais apurados posteriormente’.

Dessa sorte, quando o executivo fiscal preexiste à decretação da falência do devedor, os bens, antes penhorados ou sequestrados no procedimento executivo, não se arrecadam no Juízo falencial.

### **Omissis**

Na hipótese do executivo fiscal, ajuizado anteriormente à decretação da falência, recaindo a penhora em bens determinados e que, por isso mesmo, não se arrecadam no juízo falencial, a este, somente irá a sobra do produto de sua arrematação, após satisfeitos o débito fiscal e acréscimos oriundos do processo executivo” (**in** RTFR n. 78/166) (grifei).

Destaco, ainda, invocando o voto proferido pelo eminente Ministro Néri da Silveira, que o saldo eventualmente verificado no processo executivo fiscal deve ser transmitido — de ofício pelo juiz — à massa falida. A respeito do tema, transcrevo o seguinte trecho do voto-condutor proferido pelo eminente Ministro Henrique D'Ávilla, quando do julgamento do CC n. 678/GB:

“Se, depois de paga e satisfeita a União Federal, restar ainda algum saldo, este, necessariamente, deverá ser entregue à Massa Falida para o pagamento de seus credores” (in RTFR n. 78/162).

Há, ainda, uma questão que não pode ser esquecida, qual seja, a dos créditos preferenciais em relação ao crédito tributário cobrado judicialmente pela via executiva fiscal.

O art. 186 do CTN estabelece que o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho.

Interpretando tal dispositivo o saudoso Ministro Aliomar Baleeiro concluiu:

“O privilégio do crédito tributário pode ser considerado absoluto, pois deverá ser pago de preferência a qualquer outro, exceto os decorrentes de legislação do trabalho, isto é, salários e indenizações, incluindo-se nestas, a nosso ver, para esse fim, também as indenizações da Lei de Acidentes de Trabalho” (“Direito Tributário Brasileiro”. 10<sup>a</sup> ed., Forense, 1991, p. 606) (grifei).

No mesmo sentido é a lição do Professor **Fábio Fanucchi**:

“Ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho, o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza deste ou o tempo de sua constituição (art. 186 do CTN)” (“Curso de Direito Tributário”, Volume I, 3<sup>a</sup> ed., 1975, p. 404).

Outra não é a interpretação dada ao art. 186 do CTN pelo Professor **Bernardo Ribeiro de Moraes**:

“Conforme se verifica pela ressalva contida no artigo, existe o privilégio absoluto do crédito trabalhista, que corres-

ponde ao salário do trabalhador (13<sup>a</sup> salário, salário-família, aviso prévio em dinheiro e férias em dinheiro) e as indenizações trabalhistas. Assim dispõe a Lei n. 3.726, de 11.02.1960 e o Decreto-Lei n. 192, de 24 de fevereiro de 1967, que reconhece a prioridade absoluta do crédito trabalhista embora seja este de natureza privada, que passa a prevalecer sobre o crédito tributário. Na ordem de preferência, esse tipo de crédito ocupa o primeiro lugar.

Logo abaixo do crédito trabalhista, com privilégio absoluto, acha-se o crédito tributário, que passa a ter um privilégio relativo, inferior apenas ao do crédito trabalhista.

Obedecida a preferência do crédito trabalhista, o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo de sua constituição, inclusive o crédito com garantia hipotecária” (“Compêndio de Direito Tributário, Forense, 1984, pp. 602 e 603).

Como se vê, não há dúvida que os créditos trabalhistas têm prioridade em relação aos tributários.

E não é só. Dentre os fiscais, os créditos da União prevalecem em face dos Estados, conforme o disposto no art. 29 da Lei n. 6.830/1980 e no art. 187 do CTN. A propósito, transcrevo o pronunciamento do Ministro Aliomar Baleeiro:

“O parágrafo único do art. 187, do CTN, admite o concurso de preferências de créditos tributários, entre pessoas de Direito Público, na seguinte ordem de prioridades: I) a União; II) Estado, DF, Territórios; III) Municípios.

Por outras palavras, paga-se em primeiro lugar à União. Se sobraem recursos pagam-se os Estados, DF e Territórios em rateio, não tendo qualquer deles preferência sobre outro. Se ainda sobraem recursos, é a vez dos Municípios, também em rateio, sem preferências de um em relação ao outro” (“Direito Tributário Brasileiro”. 10<sup>a</sup> ed., Forense, 1991, p. 608).

No mesmo sentido prelecionam os Professores **Bernardo Ribeiro de Moraes** e **Fábio Fanucchi**, em suas obras “Compêndio de Direito Tributário, Forense, 1984, p. 603; e “Curso de Direito Tributário”, Volume I, 3<sup>a</sup> ed., 1975, p. 404, respectivamente.

Portanto, **in casu**, os créditos trabalhistas e os fiscais federais têm preferência ao crédito tributário estadual (proveniente de ICMS não recolhido pela empresa-executada-falida) cobrado no presente executivo fiscal. Por conseqüência, desde que já não esteja satisfeito o débito cobrado pela via executiva fiscal, podem os credores preferenciais habilitar seus créditos no próprio processo de execução fiscal. Por oportuno, transcrevo a ementa do seguinte precedente desta Turma:

“Massa falida. Concurso de credores. Existência de créditos trabalhistas.

I - O art. 187 do CTN isenta o crédito tributário de habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento, mas sua preferência cede ante a dos créditos decorrentes da legislação do trabalho (CTN, art. 186).

II - Recurso não conhecido” (REsp n. 17.043/SE Segunda Turma do STJ, unânime, Relator Ministro José de Jesus, publicado no DJ de 23.05.1994).

Nesse sentido foi o voto-condutor proferido pelo eminente Ministro José Delgado quando do julgamento do REsp n. 74.741/RS, senão vejamos:

“Como bem asseverou a recorrente em suas razões de especial, nada impede que eventuais credores compareçam ao juízo de execução fiscal para pleitearem seus respectivos créditos. Despiciendo, portanto, o argumento de que o produto da arrematação deveria amoldar-se à massa falida. O que importa dizer é que os credores não serão preteridos de forma alguma, não subsistindo qualquer assertiva em sentido diverso”.

O eminente Ministro Ari Pargendler já enfrentou a questão em acórdão assim ementado:

“Execução fiscal. Penhora anterior à quebra. Créditos que preferem aos tributários.

Ajuizada ação fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar (TFR — Súmula n. 44, 1ª parte).

Existindo créditos que preferem os tributários, serão habilitados nos autos da execução fiscal, a cujo autor destinar-se-á o saldo do concurso daí resultante.

Agravo provido” (AI n. 403.836, TRF da 4ª Região, Relator Juiz Ari Pargendler, publicado no DJ de 04.05.1994) (grifei).

Por fim, como aliás requereu o Estado às fls. 32 e 34, o reforço da penhora far-se-á no rosto dos autos do processo falimentar, conforme se apreende da segunda parte da Súmula n. 44 do extinto TFR.

Em suma, Senhor Presidente:

a) tendo sido a ação de execução fiscal ajuizada e a penhora efetuada antes da decretação da falência da empresa-executada, não há que se falar em transmissão do produto da alienação do bem penhorado à massa falida, devendo tal montante ser colocado à disposição do juízo da execução fiscal;

b) a decretação da falência da empresa-executada não suspende o processo executivo fiscal, o qual prosseguirá normalmente;

c) os eventuais credores preferenciais (em relação ao crédito tributário cobrado judicialmente pela via executiva fiscal) poderão habilitar seus créditos no próprio processo de execução fiscal, enquanto o débito cobrado judicialmente pela via executiva não estiver satisfeito;

d) o eventual saldo proveniente do processo de execução fiscal deverá ser transmitido — de ofício pelo juiz — à massa falida”;

IV - E aduzi na oportunidade daquele voto:

4. Enfrentando o tema, no tocante ao art. 5º da Lei de Execução Fiscal, **Humberto Theodoro Júnior** (“Lei de Execução Fiscal”, 2ª ed., Saraiva, 1986, n. 16, p. 28) pondera:

“A preocupação maior da norma contida no art. 5º da Lei n. 6.830 foi a de liberar a Fazenda Pública da sujeição a todo e qualquer juízo universal ou coletivo. Assim, uma vez determinada a competência, pela legislação ordinária, para a execução fiscal, esse foro torna-se o único e o exclusivo da Fazenda Pública.

Ainda que o devedor venha a falecer, a cair em falência, em insolvência ou liquidação, continuará a Fazenda com o privilégio de executar sua Dívida Ativa no foro da execução fiscal, e sob o procedimento da Lei n. 6.830, sem nenhuma sujeição ao juízo universal eventualmente instaurado”.

E, mais adiante, adentrando no exame do art. 29 da mesma lei, expressa:

“Dispõe o art. 29 da Lei n. 6.830 que “a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento”. E o concurso de preferência, na espécie, só ocorre “entre pessoas jurídicas de direito público” (art. 29, parágrafo único).

Diante dos termos exageradamente amplos do referido dispositivo da Lei n. 6.830, entendeu Ricardo Mariz de Oliveira que até as garantias legais de preferência dos créditos trabalhistas teriam sido postergadas, com abandono da sistemática do próprio Código Tributário Nacional (art. 186).

Mas o que me parece é que o art. 29 da nova Lei de Execução Fiscal quis apenas excluir a Fazenda Pública da participação nos juízos universais como o da falência e o do concurso civil de credores, e outros similares. Não entrou, todavia, em linha de cogitação alterar ou eliminar privilégios instituídos e resguardados pelas leis de direito material em vigor. Mesmo porque não seria aceitável que, em questão substancial como essa, pudesse ocorrer a revogação de uma lei complementar, como é o Código Tributário Nacional, por uma simples lei ordinária.

Tanto é assim que o art. 30 da Lei n. 6.830, que cuida da responsabilidade patrimonial para efeito da execução fiscal, diz que o devedor responde pelo pagamento da Dívida Ativa com a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, “sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei”.

Destarte, tenho para mim que os privilégios legais previstos em favor dos titulares de créditos trabalhistas continuam em vigor e podem ser reclamados pelos obreiros, inclusive sobre os bens que a Fazenda Pública vier a penhorar.

Haverá, então, um concurso de penhoras de natureza particular (e não um concurso universal) entre a Fazenda e o credor trabalhista, devendo aquela respeitar a preferência legal deste no pagamento que se realizar com o produto do bem penhorado por ambos” (**ob. cit.**, n. 60, p. 76).

Em relação ao particular, da doutrina de **Milton Flaks** (“Comentários à Lei de Execução Fiscal”, Forense, 1981, n. 285, p. 274), colho:

“a) Penhora anterior à insolvência — Faz-se a hasta, se for o caso, no próprio juízo da execução. Satisfeito o crédito fiscal, o saldo será remetido ao juízo universal.

Não se fará o pagamento, entretanto, se houver protesto por preferência ou comunicação do juízo universal de que os bens arrecadados são insuficientes para atender a credores mais privilegiados do que a Fazenda exequente (**v.g.**, créditos trabalhistas). Incumbe aos interessados diligenciar essa comunicação”.

Mais recentemente, em obra conjunta, da autoria de **Manoel Álvares, Maury Ângelo Bottesini, Odmir Fernandes, Ricardo Cunha Chimenti e Carlos Henrique Abrão** (“A Lei de Execução Fiscal Comentada e anotada”, 2ª edição, ed. Revista dos Tribunais, 1997, n. 29.1, p. 234), o tema foi assim abordado:

“A dívida ativa, contudo, não goza de privilégio absoluto, pois deve ceder diante de créditos com maior vantagem, a exemplo dos trabalhistas. É possível, pois, que aconteça simultaneidade de execução de crédito trabalhista e execução fiscal, com penhora sobre o mesmo bem. Nesse caso, a competência desses Juízos especializados continua intacta para o processo e julgamento dos respectivos créditos, bem como para todas as fases do processo de execução até a arrematação.

Sobre o produto da arrematação é que se estabelecerá o concurso de preferência, devendo ser pago em primeiro lugar e por inteiro o crédito trabalhista, independentemente de quem penhorou antes ou em que Juízo se realizou o leilão. Bem por isso, não se pode deferir pedido de adjudicação em favor da Fazenda Pública, sem resguardo do direito do credor trabalhista que denunciou e comprovou a existência de seu crédito nos autos da execução fiscal”.

Cumpra considerar, ademais, a observação lançada no voto que proferiu como Relator do REsp n. 74.471/RS, o Ministro José Delgado, deste teor:

“Não deve prevalecer, em relação ao processo de execução fiscal, a sistemática do processo falimentar (art. 23 da Lei de Falência), sob pena de despojar a Fazenda Pública das prerrogativas, expressamente, previstas em lei. O produto da arrematação dos bens penhorados, em sede de executivo fiscal, mormente se ocorrido antes da quebra da executada, não tem o condão de transferir à massa falida.

Como bem asseverou a recorrente em suas razões de especial, nada impede que eventuais credores compareçam ao juízo de execução fiscal para pleitearem seus respectivos créditos. Despiciendo, portanto, o argumento de que o produto da arrematação deveria amoldar-se à massa falida. O que importa dizer é que os credores não serão preteridos de forma alguma, não subsistindo qualquer assertiva em sentido diverso”.

V. Na ocasião, diante de tais argumentos, manifestei entendimento no sentido de que o produto da alienação não deveria ser colocado à disposição do juízo falimentar, ressalvado o direito de os credores com maior vantagem, a exemplo dos trabalhistas, pleitearem no Juízo da execução o pagamento de seus créditos, com preferência. O Ministro Cesar Asfor Rocha acompanhou tal entendimento, tendo os Ministros Barros Monteiro e Bueno de Souza, de outro lado, divergido. Dado o empate na votação, prevaleceu o voto-médio do Ministro Ruy Rosado de Aguiar que entendeu pela permanência, no juízo da execução, do valor alcançado na arrematação, devendo os pagamentos, no entanto, ser efetuados depois de comunicada pelo juízo da falência a relação dos créditos trabalhistas ali habilitados e classificados. A ementa do julgado, a propósito, recebeu a seguinte redação (DJ de 1<sup>o</sup>.07.1999):

“Execução fiscal. Falência.

— A execução fiscal prossegue até a alienação; havendo falência e créditos privilegiados, e sendo esse fato levado ao conhecimento do juízo da execução, os pagamentos dependem da comunicação feita pelo juízo falimentar sobre os créditos habilitados”.

VI - Ao reexaminar o tema no julgamento em tela, e após reflexão sobre todas as possibilidades de decisão, não me convenci do desacerto desse posicionamento que veio a prevalecer no âmbito da Quarta Turma.

Certo é, de um lado, que a execução fiscal é autônoma e independente, e seu curso não se suspende em razão da falência do devedor, devendo prosseguir até a alienação dos bens, enquanto, de outro, os créditos trabalhistas preferem aos fiscais.

Diante de tais colocações e conciliando-as, tenho que a melhor solução, até porque mais prática, e ajustada à lei, em que o valor arrecadado com a venda do bem constricto permanece no juízo da execução, mas o pagamento ao fisco só poderá ocorrer após a quitação dos créditos preferenciais, a serem informados pelo juízo falimentar. O que remanescer, aí sim, deve ser remetido ao juízo da falência.

Ademais, como restou decidido no referido precedente da Quarta Turma, “os credores trabalhistas devem ficar no juízo da falência e ali habilitar seus créditos, onde será feita a classificação dos credores com privilégio, sem que eles tenham de promover no juízo da execução fiscal, que não é o deles, qualquer ato de execução ou de penhora. O juízo da execução simplesmente atenderá a esses créditos, habilitados no juízo da falência, para ordenar o pagamento devido”. Não se instaura, portanto, no juízo da execução, processo de habilitação de credores, mas apenas no juízo falimentar, competente para solucionar as diversas questões falenciais.

VII - À vista do exposto, com estes acréscimos, *acompanho* a divergência, assinalando que o produto da alienação fica à disposição do juízo da execução, mas o pagamento só será efetuado depois de comunicada pelo juízo falimentar a relação dos créditos ali habilitados e classificados, e que estejam em maior vantagem do que o cobrado na execução fiscal.”

Deveras, adiro a essa corrente porquanto o juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, ressalvada a cobrança judicial do crédito tributário que não se sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento.

É cediço que o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho. (Arts. 186 e 187, do CTN c.c. art. 7º, da Lei de Falências e art. 29, da Lei de Execução Fiscal).

O concurso de credores caracteriza-se como um incidente da fase de pagamento, no qual os créditos são verificados, classificados e implementados.

Desta sorte, remeter o produto da expropriação à execução fiscal significa submeter o Erário ao concurso de credores em juízo alhures, violando a norma complementar federal.

A exegese escoeita que preserva tanto as prerrogativas do Estado quanto o privilégio dos créditos **necessarium vitae**, como soem ser os trabalhistas e derivados de ações acidentárias, recomenda que, informado o juízo fazendário fiscal

pelo juízo falimentar acerca dos créditos preferenciais, constituídos ou a constituir, reserve a parcela necessária a esse implemento e, só após, proceda ao pagamento das preferências tributárias, remetendo a sobra ao juízo da falência.

**Ex positis**, cumprindo a função uniformizadora do STJ, e ressalvado o meu entendimento no sentido de que o produto da arrecadação deva permanecer no juízo executivo, nego provimento ao recurso especial

É como voto.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 500.310 — PR (2003/0015006-7)**

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Fenícia Indústria e Comércio de Velas e Produtos Religiosos Ltda

Advogados: Graciane Vieira Lourenco e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Rômulo Ponticelli Giorgi Junior e outros

### **EMENTA**

Tributário. IPI. Saldos credores. Prescrição. Correção monetária. Decisão da matéria, em sede de ICMS, aplicável à espécie pelo Supremo Tribunal Federal. Afastamento da correção pretendida. Precedentes.

1. A Primeira e a Segunda Turmas e a Primeira Seção, deste Superior Tribunal de Justiça, firmaram entendimento de que, nas ações que visam ao reconhecimento do direito ao creditamento escritural de IPI, o prazo prescricional é de 5 anos, sendo atingidas as parcelas anteriores à propositura da ação.

2. Entendimento do Relator de que o não-reconhecimento de correção monetária de créditos do IPI, em regime de moeda inflacionária, quer sejam lançados extemporaneamente ou não, fere os princípios da compensação, da não-cumulatividade e do enriquecimento sem causa. A permissibilidade de se corrigir monetariamente créditos de IPI objetiva impedir que o Estado receba mais do que lhe é devido se for congelado o valor nominal do imposto lançado quando da entrada da mercadoria no estabelecimento. O crédito é uma “moeda” prevista na lei para que o contribuinte, mediante o sistema de compensação com o débito apurado pela saída da mercadoria, pague o imposto devido.

3. A linha de entendimento supradestacada é a defendida pelo Relator. Submissão, contudo, ao posicionamento da egrégia Primeira Seção, desta Casa Julgadora, no sentido de que o especial não merece ser conhecido por abordar matéria de natureza constitucional ou de direito local (EREsp n. 89.695/SP, Rel. designado para o acórdão o Min. Hélio Mosimann).

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

### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 24 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

---

Publicado no DJ de 15.09.2003

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Fenícia Indústria e Comércio de Velas e Produtos Religiosos Ltda interpõe recurso especial (fls. 162/184) com fulcro no art. 105, III, **a** e **c**, da Carta Magna, contra v. acórdão (fls. 125/129) proferido pela Segunda Turma do TRF/4ª Região, assim ementado (fl. 128-vs.):

“Imposto sobre Produtos Industrializados — IPI. Princípio da não-cumulatividade. Lei n. 9.779/1999. RIPI/1998. RIPI/1982. Prescrição. Correção monetária.

O princípio da não-cumulatividade visa evitar tributação excessiva, consistente na superposição de idêntico imposto nas sucessivas etapas do processo produtivo.

A Lei n. 9.779/1999 estabelece faculdade ao contribuinte de utilizar-se dos créditos originados na aquisição de insumos nos termos da Lei n. 9.430/1996, inclusive nas hipóteses de saídas isentas, não tributadas, ou tributadas à alíquota zero.

Este Tribunal, ao apreciar a Arguição de Inconstitucionalidade na AC n. 1999.72.05.008186-1/SC, declarou a inconstitucionalidade do art. 174, inciso I, alínea **a**, do Decreto n. 2.637/1998 (RIPI/1998), dispositivo que determina a anulação do crédito gerado na aquisição de insumos, por afrontar o princípio da não-cumulatividade, bem como se manifestou no sentido da não-recepção do art. 100, inciso I, alínea **a**, do Decreto n. 87.918/1982 (RIPI/1982).

Não se cuidando de hipótese de restituição — em que se discute pagamento indevido ou a maior — mas de reconhecimento de aproveitamento de crédito, em virtude da regra da não-cumulatividade estabelecida pelo texto constitucional, não tem aplicação o disposto no art. 165 do CTN. Incide o Decreto n. 20.910/1932, o qual fixa a prescrição no quinquênio.

A lei não prevê que o crédito seja levado a cálculo com correção monetária. Precedentes do STF e do STJ<sup>9</sup>.

Tratam os autos de mandado de segurança impetrado pela ora recorrente em face do Ilmo. Sr. Delegado da Receita Federal em Curitiba/PR objetivando ver reconhecido o direito de creditamento de IPI relativo a insumos aplicados na industrialização de produtos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero, inclusive aqueles não atingidos pela prescrição, acrescidos de correção monetária, sem a limitação imposta pelas INSRF ns. 21/1997 e 33/1999.

O juízo de 1<sup>o</sup> grau concedeu parcialmente a segurança para permitir à autora compensar, com correção monetária, o crédito equivalente de IPI na saída de mercadoria sujeita à alíquota zero, isenta ou não tributada, na mesma alíquota incidente na matéria-prima, observado o reconhecimento parcial da decadência referente ao período anterior a 06 de fevereiro de 1991 (prazo decenal: contados cinco anos do fato gerador mais cinco anos para a homologação). Observado que a presente ação foi proposta em 06 de fevereiro de 2001.

Apelaram ambas as partes, tendo o egrégio Tribunal **a quo** conferido parcial provimento ao apelo da impetrante para reconhecer o seu direito de promover a compensação dos créditos do IPI gerados nas aquisições de insumos tributados nos termos do art. 11, da Lei n. 9.779/1999, com quaisquer outros tributos (vincendos) administrados ou cobrados pela Receita Federal, segundo os arts. 73 e 74, da Lei n. 9.430/1996, mediante pedido administrativo, mesmo em se tratando de créditos de IPI gerados antes do advento da Lei n. 9.779/1999; ainda, deu parcial provimento à remessa oficial para declarar prescritos os créditos anteriores à data de 06.02.1996, bem como, afastou a correção monetária deferida na sentença; e, ao fim, negou provimento ao recurso da Fazenda Nacional.

Insistindo pela via especial, sustenta a empresa/recorrente que o aresto guereado merece total reforma no que diz respeito à aplicação da correção monetária, com os devidos expurgos inflacionários, sobre os créditos fiscais pretéritos, não aproveitados na época própria, bem como, em relação à limitação do período de creditamento a apenas cinco anos, por entender quinquenal a prescrição no caso concreto. Para tal mister, aponta contrariedade aos arts. 460 e 515, do CPC, e 173 e 174, do CTN, além de aduzir dissenso jurisprudencial.

Contra-razões ao especial foram agitadas pela Fazenda (fls. 216/220), defendendo-se que não há previsão legal de correção monetária de créditos escriturais de IPI, apenas existindo o direito à manutenção de créditos para aproveitamento posterior.

Interposto, concomitantemente, recurso extraordinário (fls. 186/193), tendo sido contra-arrazoado às fls. 221/225.

A Fazenda apresentou, também, extraordinário (fls. 131/142), tendo sido impugnado pela impetrante às fls. 196/215.

Em juízo de prelibação, às fls. 227/231 e 236, foram admitidos todos os recursos. É o relatório.

### VOTO

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

Quanto ao prazo prescricional, no caso do IPI, esta Corte tem entendido que o mesmo é quinquenal, conforme os julgados abaixo transcritos:

“Tributário — Imposto sobre Produtos Industrializados — Creditamento do IPI dos insumos e matéria-prima — Prescrição — Repercussão (art. 166 do CTN).

1. Questão jurídica que, não se identificando com repetição de indébito, afasta a incidência do art. 165 do CTN e, em consequência, a contagem do prazo prescricional consagrada pela jurisprudência para os lançamentos por homologação (cinco mais cinco).

2. Prescrição quinquenal da ação que pretende reconhecer o direito ao creditamento escritural.

3. Recurso especial conhecido pela alínea **a**, mas improvido.”

(REsp n. 358.750/RS, Segunda Turma, DJ de 02.09.2002, Rel. Min. Eliana Calmon)

“Tributário — Imposto sobre Produtos Industrializados — Creditamento do IPI dos insumos e matéria-prima — Prescrição — Repercussão (art. 166 do CTN).

1. Questão jurídica que, não se identificando com repetição de indébito, afasta a incidência do art. 165 do CTN e, em conseqüência, a contagem do prazo prescricional consagrada pela jurisprudência para os lançamentos por homologação “cinco mais cinco”.

2. Prescrição quinquenal da ação que pretende reconhecer o direito ao creditamento escritural.

3. Exigência de prova da identificação do contribuinte de fato (art. 166 do CTN) que não se faz pertinente em situação diversa da repetição de indébito.

4. Recursos especiais conhecidos pela alínea **a**, mas improvidos.”

(REsp n. 397.171/SC, Segunda Turma, DJ de 05.08.2002, Rel. Min. Eliana Calmon)

“Tributário e Processual Civil. Agravo regimental. Restituição. Crédito-prêmio. IPI. Prescrição quinquenal. Súmula n. 85/STJ. Precedentes.

1. Agravo Regimental contra decisão que negou seguimento ao recurso especial intentado pela parte agravante.

2. Acórdão **a quo** que, em ação buscando o reconhecimento do direito ao creditamento do IPI, resultante da aquisição de insumos industriais isentos, tributados à alíquota zero, ou não-tributados, ocorrida nos últimos 10 (dez) anos, entendeu haver ocorrido a prescrição quinquenal do ato ou fato do qual se originaram.

3. A Primeira e Segunda Turmas e a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento de que, nas ações que visam ao recebimento do crédito-prêmio do IPI, o prazo prescricional é de 5 anos, sendo atingidas as parcelas anteriores à propositura da ação.

4. “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.” (Súmula n. 85/STJ).

5. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no REsp n. 392.257/PR, Primeira Turma, DJ de 27.05.2002, deste Relator)

“Processual Civil e Tributário — Acolhimento de questão de ordem — Competência para julgamento das demais questões — IPI — Crédito-prêmio — Prescrição.

— Acolhida questão de ordem para submeter à apreciação da Primeira Seção a matéria atinente à contagem do prazo prescricional das ações que visam ao recebimento do crédito-prêmio do IPI, fica mantida a competência da Turma originária para o julgamento das demais questões suscitadas no recurso especial.

— A egrégia Primeira Seção firmou entendimento no sentido de que são atingidas pela prescrição as parcelas anteriores ao prazo de cinco anos a contar da propositura da ação. Incidência das Súmulas ns. 443 do STF e 85 do STJ.

— Embargos parcialmente acolhidos.” (EDcl no REsp n. 260.096/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 13.08.2001)

“Tributário. IPI. Crédito-prêmio. Ressarcimento. Prescrição.

I - A ação de ressarcimento de créditos-prêmio relativos ao IPI prescreve em 5 (cinco) anos (DL n. 20.910/1932), aplicando-se-lhe, no que couber, os princípios relativos à repetição do indébito tributário. Ofensa aos arts. 173 e 174, CPC, não caracterizada.

II - Não tem qualquer adequação aplicar-se à espécie a regra atinente à contagem do prazo extintivo pertinente às ações de repetição de indébito relativo ao empréstimo compulsório.

III - Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AgRg n. 106.877/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 11.11.1996)

“Recurso especial. Tributário. IPI. Crédito-prêmio. Prescrição quinquenal. Juros moratórios. Correção monetária. Honorários. Negativa de vigência à lei federal e dissídio. Inocorrência. Recurso não conhecido.

— Prescritíveis os créditos fiscais decorrentes do crédito-prêmio, o prazo da prescrição é quinquenal, a partir do ajuizamento da ação.

— Os juros moratórios, de 12% ao ano, são devidos desde o trânsito em julgado da decisão.

— Cabe correção monetária, fazendo-se a conversão da moeda estrangeira em nacional, ao câmbio do dia em que se efetuar o crédito.

— Inviável, pelo recurso especial, a revisão do percentual da verba honorária, porque reclamaria o reexame dos aspectos fáticos.” (REsp n. 59.504/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 29.10.1996)

Quanto à correção monetária, ao proferir voto-vista no REsp n. 212.899/RS, externei os seguintes fundamentos:

“O acórdão hostilizado firmou o entendimento de que a correção monetária dos saldos credores do IPI, em decorrência da técnica adotada para a apuração do recolhimento do referido imposto, de natureza não-cumulativa, não deve ser permitida por ausência de lei específica a tanto autorizando. O referido fundamento é suficiente, na minha compreensão, para bem compor o julgado, por analisar e decidir o núcleo da pretensão nos limites apresentados.

Ouso divergir do eminente Relator e dos eminentes julgadores que negaram provimento ao recurso.

Entendo, sobre o tema, que o simples silêncio da lei a respeito da aplicação da correção monetária aos saldos credores do IPI, quando apurados na escrita fiscal do contribuinte, não constitui obstáculo para o seu reconhecimento.

De início, destaco que, a correção monetária, por força de lei, incide sobre os saldos devedores apurados pela mesma técnica contábil seguida para determinação do IPI, tudo vinculado à obediência do princípio da não-cumulatividade. Essa regra está, desde logo, a demonstrar que a legislação que permite a adoção da correção monetária dos saldos devedores, no processo de apuração do IPI, não impede que o mesmo critério de atualização dos valores componentes da técnica utilizada seja seguido no referente aos créditos.

Impossível a concepção, em nosso ordenamento jurídico, onde impera, como princípio fundamental, a regra da igualdade para situações não diferentes, que se conceda tamanho privilégio ao Fisco, isto é, que, no âmbito de um processo unificado de apuração de saldos credores e devedores para fins tributários, aqueles não sejam corrigidos monetariamente, enquanto esses o são.

A imperar esse sistema desequilibrador da relação contábil-fiscal em análise, tem-se, primeiramente, a prestação de homenagem a se permitir a incidência, sem lei, de imposto sobre correção monetária, o que espelha confisco, e, em segundo lugar, de se incentivar, por via de interpretação e aplicação da legislação tributária, processo de desestabilização e de não-confiança no relacionamento fisco e contribuinte.

Na espécie examinada, ganha relevo, a demonstração feita pelo recorrente, em sua petição inicial, da exigência tributária indevida provocada pelo fisco, em não admitir a correção monetária dos saldos credores do IPI e exigir, a mesma correção monetária, dos saldos devedores, tudo no mesmo processo de apuração das contas tributárias.

Eis o que esclarece a empresa recorrente (fls. 06/14):

‘E, vista sob o ângulo da relação jurídico-tributária existente entre a Autora e a União Federal, a vedação que ora se questiona:

e) escancara o enriquecimento sem causa que proporciona ao Ente Tributante;

f) retira o caráter jurídico da relação de tributação, transformando-a em odiosa relação de autoritarismo e subordinação.

Primário exemplo numérico permite o perfeito conhecimento do que se está a questionar.

Tomemos, para simplificar, uma operação industrial onde a empresa compra determinada mercadoria por R\$ 100,00, tributada pelo IPI à alíquota de 10%. O crédito de IPI que esta operação lhe gera é igual a R\$ 10,00, exatamente o valor do imposto destacado na nota.

R\$

valor do produto = 100,00

IPI destacado(10%) = 10,00

Comercializando o produto fabricado com esta matéria-prima no mesmo período de apuração do imposto em que a adquiriu (ou seja, dentro do mesmo mês da aquisição), a um preço de R\$ 200,00, sobre a operação incidindo o IPI à mesma alíquota da aquisição, o contribuinte teria um débito do tributo de R\$ 20,00, também exatamente o valor do imposto destacado na nota de venda. Como o preço do produto é composto por seu valor de aquisição, mais o valor agregado pelo contribuinte, teríamos:

R\$

valor de aquisição = 100,00

valor agregado = 100,00

valor da venda = 200,00

IPI (10%) = 20,00

Nestas condições, o valor agregado pelo contribuinte ao produto seria igual a R\$ 100,00, igual à diferença entre o valor da matéria-prima e o do produto (R\$ 200,00 – R\$ 100,00 = R\$ 100,00).

Ao encerrar-se o período de apuração, e tendo a comercialização e a venda do produto final ocorrido dentro dele, o contribuinte teria a seguinte situação em sua escrita:

R\$

IPI creditado = 10,00

IPI debitado = 20,00

IPI a recolher

(débito – crédito) = 10,00

Nesta hipótese, a de que tanto a compra quanto a venda do produto se dão dentro do mesmo período de apuração do IPI, a União receberia ao final do período de apuração:

R\$

do fornecedor da matéria-prima para o contribuinte = 10,00

do contribuinte = 10,00

Total de IPI recebido pela União = 20,00

E nisso se resume toda a sistemática da não-cumulatividade: cada contribuinte somente recolhe ao Ente Tributante o tributo incidente sobre o valor que agregou ao produto. No caso do exemplo, o contribuinte somente paga o tributo incidente sobre os R\$ 200,00 cobrados na venda menos os R\$ 100,00 pagos na aquisição da matéria-prima, subtraindo do valor do IPI destacado em suas notas fiscais de venda o valor do IPI destacado nas notas fiscais de aquisição. E a União, *recebendo de ambos*, recebe o tributo incidente sobre o valor integral do produto final (independentemente de ser ou não idêntica a alíquota que incidirá em cada etapa).

Mas, pelo fato de não permitir a correção monetária dos saldos credores de IPI apurados pelo contribuinte, a União está desrespeitando este princípio, e por vias oblíquas auferindo ilegal majoração da alíquota do tributo.

Tomando os mesmos dados do exemplo anterior, imaginemos que o contribuinte apenas venha a comercializar o produto fabricado naquelas condições iniciais dentro do período de apuração seguinte. Para não se descapitalizar, certamente reajustaria o preço (R\$ 200,00) pela inflação daquele mês. Considerando uma inflação de 30% ao mês (como a que experimentamos historicamente), e, como dissemos, tão-somente a correção monetária do preço de venda, no mês seguinte o produto seria comercializado por R\$ 260,00.

$$\text{R\$ } 200,00 + (30\% \times \text{R\$ } 200,00) = \text{R\$ } 260,00$$

Sobre este novo preço, que nada mais é além do preço do mês anterior corrigido monetariamente, incidiria o IPI à alíquota de 10%, e o resultado seria o seguinte:

R\$

valor da matéria-prima corrigido = 130,00

valor agregado corrigido = 130,00

preço de venda corrigido = 260,00

IPI (10%) = 26,00

Note-se que o valor do IPI incidente também segue a simples indexação monetária, ou seja:

$R\$ 20,00 + (30\% \times R\$ 20,00) = R\$ 26,00$

Ocorre que, ao efetuar a apuração do imposto a pagar neste segundo período de apuração, o contribuinte se veria na seguinte situação, *diante da vedação da correção monetária do crédito acumulado no período de apuração anterior*:

R\$

IPI creditado no período anterior = 10,00

IPI debitado no período da apuração = 26,00

IPI a recolher (débito – crédito) = 16,00

Nesta segunda hipótese, a de que a venda da mercadoria se deu no período de apuração do IPI seguinte, a União, que já havia recebido ao final do período de apuração em que houve a compra — ou seja, antes —, do fornecedor da mercadoria para o contribuinte, os R\$ 10,00 pagos na compra, receberia do contribuinte mais R\$ 16,00 ao final do período de apuração. E, como os R\$ 10,00 foram pagos antes de ocorrida a inflação incorporada ao preço de venda, e sua correção monetária já pertence à União (por ser o proprietário do valor desde a data de seu recebimento), temos que a União recebeu, sobre aquela etapa da industrialização, a valores do final do segundo período de apuração:

R\$

valor recebido antes

do fornecedor da

matéria-prima para o contribuinte,

corrigido monetariamente

$$(R\$ 10,00 + 30\% \times R\$ 10,00) = 13,00$$

do contribuinte = 16,00

Total de IPI recebido pela União = 29,00

Só que somente R\$ 16,00 foram destacados na nota fiscal de venda, e R\$ 29,00 representam 11,15% do valor de venda da mercadoria (R\$ 260,00). Isso significa que, *ao não permitir a atualização monetária do crédito, a União está a auferir mais tributo do que a lei lhe permite.*

E este excesso é exatamente igual à correção monetária que a própria União auferiu, entre um e outro período de apuração, dos R\$ 10,00 que lhe foram pagos por força da operação anterior, no final do período de apuração anterior, a qual ela se nega a reconhecer através da recusa do seu cômputo pelo contribuinte para fins de compensação.

Tudo poderia ser resumido na seguinte circunstância: numa economia inflacionária, não se pode admitir a comparação (e menos ainda compensação) de expressões nominais de moeda de diferentes épocas, pois *a quantidade de moeda não reflete o valor*; sendo este, e não a quantidade de moeda, o parâmetro para comparação ou compensação. Ignorando isso em seu benefício, a União, através da proibição da correção monetária do crédito, recebe um valor em determinada data e posteriormente aceita a compensação somente da *quantidade de moeda* que recebeu, “logrando” o contribuinte pela correção monetária do valor, que a quantidade de moeda não indexada não reflete.

Proibindo a correção monetária do crédito do contribuinte, a União termina por ganhar *duas vezes* a correção monetária sobre o IPI incidente nas etapas anteriores da industrialização: uma vez porque a auferir naturalmente por ser proprietária do valor e o ter recebido antes de incorrida a inflação; outra por tributar indevidamente a correção monetária do valor agregado nas etapas anteriores, que está inclusa no preço de venda do produto, *reeditando fase de incidência que já se havia esgotado inclusive com o pagamento do imposto.*

Para incidir apenas sobre o valor agregado ao produto na etapa de industrialização efetuada pelo contribuinte, o valor do tributo a ser recolhido nesta segunda hipótese não poderia ultrapassar a R\$ 13,00, valor resultante da aplicação da alíquota do IPI (10%) sobre R\$ 130,00, ou seja, sobre o valor agregado ao produto pelo contribuinte (R\$ 100,00)

corrigido monetariamente (R\$ 100,00 + 30% x R\$ 100,00 = R\$ 130,00).

E tal legal e correto valor de R\$ 13,00 seria *obtido* pela compensação, com o valor do débito (R\$ 26,00), do valor do crédito antes auferido devidamente corrigido monetariamente, como se vê da equação:

$$\text{R\$ } 26,00 - (\text{R\$ } 10,00 + 30\% \times \text{R\$ } 10,00) = \text{R\$ } 13,00$$

Assim, na medida em que a União recebeu efetivamente os R\$ 10,00 (pagos pelo contribuinte ao fornecedor e por este a União) *ao tempo da compra*, no período de apuração anterior, no qual a inflação não o havia atingido, ao receber no período de apuração seguinte os R\$ 13,00 do contribuinte estaria recebendo exatamente aquilo que a legislação lhe confere.

Ao vedar a correção monetária do crédito, a União nada mais faz além de gravar o valor agregado com uma alíquota de 13,30%, e não 10% como previsto em lei, *ou, sob outra ótica, nada mais faz além de burlar a não-cumulatividade, estendendo a incidência do imposto a valores já tributados em operações anteriores*, via nova tributação do valor agregado já antes tributado pelo fornecedor, através da incidência do IPI sobre a sua correção monetária.

O mesmo danoso efeito se verifica quando o contribuinte, do período de apuração em que efetuou a compra da mercadoria até aquele em que efetuou a venda, não aumenta ou aumenta o preço do produto além ou aquém da inflação (aplicando sobre ele no caso dos exemplos reajuste nulo ou maior ou menor do que 30%). Qualquer que seja a postura comercial do contribuinte, para que o IPI não incida sobre o valor efetivamente agregado à alíquota superior à legalmente fixada, ou volte a incidir sobre valor já tributado, a correção monetária do crédito acumulado é imperiosa.

Dúvida não padece, e isto é de singela compreensão, sobre a iniquidade fiscal que atinge a Autora.

A natural proteção do preço de venda dos efeitos inflacionários provoca um aumento da carga tributária, eis que enquanto o crédito fiscal adjudicado na compra das matérias-primas permanece olímpicamente estagnado pelo seu valor nominal escritural, o débito pela venda reconhece este *plus* inflacionário.

Suporta a Autora, então, em imposto sobre a inflação incorrida e da qual não auferiu vantagens; ao contrário, ao suportar o ônus imposto tem

uma perda que, em última análise, redundará em tributação do seu próprio patrimônio, que encolhe no exato valor do imposto indevidamente pago a maior pela não-atualização de seu ativo fiscal — o saldo credor do período de apuração anterior.’

Ora, o direito não pode fugir da realidade, desconhecendo a existência do fenômeno inflacionário a desvalorizar o valor nominal da moeda.

A inflação é um fato real nas relações econômico-financeiras. O direito, ao desconhecer os seus efeitos concretos, está permitindo, especialmente, no campo da relação jurídico-tributária, que alguém beneficie-se da desvalorização da moeda para não pagar tributos ou para que tal seja exigido de modo indevido.

De há muito, unidos estão os economistas e os juristas no entendimento de que a correção monetária da moeda não altera o seu valor. A jurisprudência, por sua vez, entende, de modo pacífico, segundo comandos legais, que nenhum tributo pode incidir sobre os valores decorrentes da correção monetária, porque ela nada acresce, por, apenas, ajustar a força da moeda ao real valor que tem na época de sua circulação.

O posicionamento jurisprudencial a respeito da aplicação da correção monetária tem sido no sentido de que “a atualização monetária não constitui acréscimo, senão resgate do valor real da moeda corroído pelo fenômeno inflacionário”, pelo que “não há qualquer aumento no valor corrigido, mas sua simples preservação”. (REsp n. 68.033/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 20.11.1995, p. 39.562).

Por outro ângulo, o colendo Supremo Tribunal Federal tem compreendido ser de natureza infraconstitucional o debate sobre a aplicação da correção monetária em qualquer tipo de relação jurídica.

Entende, também, a jurisprudência que a aplicação da correção monetária pode ser feita sem a existência de lei que a determine, conforme expressa, entre outros, a decisão seguinte:

‘É entendimento já consolidado desta Corte de que a evolução dos fatos econômicos tornou insustentável a não-incidência da correção monetária, sob pena de prestigiar-se o enriquecimento sem causa do devedor, sendo ela imperativo econômico, jurídico e ético indispensável à plena indenização dos danos e ao fiel e completo adimplemento das obrigações’ (RSTJ 84/268).

Em outra decisão assentou o STJ que:

‘Não constituindo a correção monetária *in plus*, mas mero instrumento de atualização da moeda desvalorizada pela inflação, deve ela incidir mesmo nos contratos pactuados sem sua previsão’ (STJ-RT 661/181).

O argumento de que a correção monetária só é cabível quando a lei expressamente autorizar não encontra agasalho nos pronunciamentos jurisprudenciais, conforme revela, por exemplo, entre tantas outras decisões, a que registro a seguir: “A jurisprudência do Supremo é pacífica no sentido de que, no ilícito contratual, é devida a correção monetária independentemente da Lei n. 6.899” (RTJ 122/419). Ainda: “O ilícito contratual é fonte direta de correção monetária, ainda que a lei ou o contrato não a tenha previsto” (RTJ 121/761). (**Theotônio Negrão**, 29ª ed., Saraiva, p. 1.395).

Diante do exposto, razões de natureza jurídica, econômicas e ética conduzem o intérprete a entender como aplicável à correção monetária nos saldos credores do IPI, em face de, assim não sendo permitido ao contribuinte proceder, conforme já demonstrado, pagará imposto sobre correção monetária, quando inexistente qualquer previsão legal para tal obrigação.

No trato da correção monetária sobre saldos credores apurados para fins de ICMS, cujo procedimento é o mesmo do IPI, manifestei igual entendimento ao votar no REsp n. 100.456/SP, defendendo o que transcrevo:

“O recurso especial examinado está fundado na letra **c**, inciso III, art. 105 da CF, por entender que a veneranda decisão recorrida diverge de decisão desta Corte.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento. O tema central a ser enfrentado por esta Turma já tem vários precedentes defendendo a linha desenvolvida pela Recorrente.

Na verdade, harmoniza-se com as regras tributárias do nosso ordenamento jurídico a incidência da correção monetária sobre créditos do ICMS tardiamente utilizados.

Registro, no trato da questão, os julgados seguintes:

a) REsp n. 76.214/SP relatado pelo eminente Ministro José de Jesus Filho, com ementa publicada no DJ de 05.02.1996, p. 1.370, e assim posta:

“Tributário. Ação declaratória. Correção monetária. Crédito extemporâneo. Reconhecimento. Cabimento.

I - Esta colenda Turma já reconheceu a legalidade da incidência da correção monetária, em casos tais. É que o reajuste monetá-

rio visa, exclusivamente, a manter no tempo o valor real da moeda. Precedentes.

II - Recurso conhecido e provido”.

b) REsp n. 68.033/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 20.11.1995, p. 39.562, cuja ementa afirma:

“Tributário. ICMS. Incidência da correção monetária em crédito extemporâneo reconhecido. Cabimento.

I - A atualização monetária não constitui “acrécimo”, senão resgate do valor real da moeda corroído pelo fenômeno inflacionário. Não há qualquer aumento no valor corrigido, mas sua simples preservação.

II - Recurso provido”.

A doutrina comunga, igualmente, do mesmo entendimento.

Salutar se registrar o pensamento sobre o assunto, manifestado por **Aires F. Barreto**, em artigo sob o título “Tributos e Indexação”, in “Revista de Direito Tributário”, vol. 60, pp. 15 e 16, do teor seguinte:

“Créditos de ICMS e correção monetária.

O creditamento tardio.

São comuns os casos de contribuintes de ICMS (ou do antigo ICM) que, em razão de características próprias das atividades a que se dedicam, não têm condições de aproveitar, imediatamente, os créditos de ICMS (ou até do antigo ICM) a quem tem jus, de acordo com a Constituição e com a lei. Diante dessa impossibilidade, os créditos de ICMS acumulam-se em suas contabilidades por meses e até por anos. E, como ali estão lançados pelo seu valor nominal, quando surge a oportunidade de utilizá-los, o montante respectivo já está substancialmente corroído pela desvalorização da moeda. Inviabiliza-se, assim, a recomposição de seu patrimônio. Este, com o passar do tempo, sofre diminuição.

Impõe-se, destarte, para cumprir a Constituição, a correção desses créditos. Não se olvide que débito e crédito de ICMS são categorias jurídicas distintas, correspondendo a direitos diversos, opostos e contrastantes, além de reciprocamente independentes e autônomos como tão bem o demonstrou **Cléber Giardino** (RDT 29/110). Desencadeiam relações jurídicas autônomas, nas quais

credor e devedor alternam-se: o Estado é credor na primeira e o contribuinte na outra e vice-versa.

Submetem-se, enfim, a princípios, critérios e regras de interpretação totalmente distintos, porque diferentes são suas funções e natureza jurídica. Em outras palavras: como o débito do ICMS (a cargo do contribuinte) é de natureza tributária, ao regime próprio da espécie se submete. Já o crédito (direto do contribuinte) é mera figura financeira, operante na fase (momento) do pagamento, por compensação. Funciona como moeda de pagamento. Tem sua operacionalidade limitada à função de atender ao “abatimento” constitucionalmente previsto (**Geraldo Ataliba**, RDT 29/110).

Assim, por esse mecanismo, o Estado pode exigir, a final, o recolhimento de uma importância que corresponde ao resultado do cálculo do ICMS sobre o valor da operação, menos o valor do ICMS correspondente às operações anteriores. Vê-se que o “crédito” de ICMS serve para o contribuinte pagar, parcialmente, por compensação, o seu débito tributário (recolhendo o saldo devedor em dinheiro).

Apenas o saldo é recolhido em dinheiro, diretamente aos cofres do Estado. Enfim, o ICMS é imposto que se paga parte em dinheiro e parte com créditos escriturais, constitucionalmente qualificados.

Tudo que se refere ao abatimento de ICMS (crédito) — seja a extensão desse direito, sua natureza, montante, oportunidade de apropriação, compensação com ICMS devido, etc. — envolve-se num regime legal de direito constitucional-financeiro, alheio ao regime jurídico do tributo, nada tendo a ver com a disciplina da incidência, base impositiva, alíquota e outros aspectos do imposto. A mais evidente demonstração disso está em que — na relação de “crédito de ICMS” — o Estado é devedor e o contribuinte credor; e, na relação (tributária) de “débito de ICMS”, o Estado é credor e o contribuinte devedor. Somente à luz dessas premissas será possível estudar o “crédito de ICMS”.

Reiteradas lições — infelizmente nem sempre bem apreendidas — de **Geraldo Ataliba** e de **Cléber Giardino**, demonstram, de modo irrefutável, que o chamado “direito ao crédito” não decorre, não nasce de “lançamentos” anteriores. A gênese do crédito, o fato

que constitucionalmente determina o surgimento desse direito é verdadeiramente a aquisição, por alguém — qualificado como contribuinte do tributo — a outro contribuinte, da titularidade de mercadorias (neste conceito pressuposta a destinação desses bens — por isso “mercadorias” — a futuras operações mercantis). Já se vê que a esse conceito é estranha a presença ou não de anteriores “lançamentos” de ICMS. Com ou sem tais lançamentos, o “crédito de ICMS” surge, **ex vi** da Constituição (df. RDT 298).

Porque a moeda não mais cumpre sua função de medida de valor, o imposto devido pela realização de operação mercantil deve ser sempre atualizado. Fazê-lo, porém, exige a adoção do mesmo critério de atualização relativamente às compensações a que têm jus os contribuintes”.

Acrescento parte da síntese conclusiva firmada pelo ilustre doutrinador citado, p. 20:

“Se o contribuinte empresa tem que dispor de menos crédito ou de outro ângulo, arcar com maior débito, descumprindo está o princípio da não-cumulatividade. Como o crédito é uma das “moedas” para pagar o ICMS, se ocorrer a diminuição do crédito (em termos reais) o contribuinte tem maior dispêndio. O contribuinte vê seu débito aumentado em desconformidade com a compensação constitucionalmente prevista. O ICMS deixa de ser não-cumulativo para ser parcialmente cumulativo. E isso repugna à Constituição.

Ademais, sendo desembolso de uma das moedas de pagamento maior, é inexorável que, ou se elevou a base ou se elevou a alíquota. Ora, como a base continua sendo o valor da operação mercantil (ou o da prestação de serviço) é forçoso concluir que há aumento de imposto, pela oblíqua elevação da alíquota, sem previsão legal.

Assim, a não-correção de créditos de ICMS implica cumulativas ofensas à Constituição:

a) fere o princípio da compensação, porque os créditos do Estado são corrigidos e os do contribuinte não o são; ora, só há verdadeira compensação quando os termos compensáveis são homogêneos; e, homogeneidade só há se os dois valores (crédito e débito) forem apurados segundo a mesma medida (ou ambos valores reais, ou ambos valores nominais);

b) fere o princípio da não-cumulatividade, porque a compensação, pelo valor nominal equivale à compensação parcial e, conseqüentemente, transforma o ICMS em imposto parcialmente cumulativo;

c) fere o princípio da estrita legalidade, porque maior dispêndio equivale a aumento de imposto, sem lei;

d) fere o preceito do art. 150, II, na medida que exige menor desembolso dos contribuintes cujo giro de negócios é ágil, em confronto com aqueles, cujas atividades se desenvolvem em áreas econômicas mais lentas.

Em suma, se o “crédito de ICMS” é moeda de pagamento parcial de tributo — constitucionalmente prevista para tanto — não há por que não ser corrigido monetariamente.

A sua correção implica aumento da carga tributária, significando maior receita para o fisco: isto configura enriquecimento ilícito (que só se evita pela correção).

Os desembolsos do contribuinte devem ser nos montantes estritamente decorrentes do esquema constitucional, tal como legalmente estabelecido.

Não há como fugir à adoção de correção de um dos termos “compensáveis”, sem estabelecer desequilíbrio constitucionalmente não consentido.

Ou se admite a corrosão inflacionária como fenômeno inexorável, a desmerecer reparos jurídicos — prejudicando igualmente fisco e contribuinte — ou se reage, prevendo correção restauradora de valores. Neste caso, é inexorável que os dois valores envolvidos devam ser igualmente preservados.

Seria despropositado só corrigir o “crédito”, em dano ao fisco, da mesma forma que é inaceitável corrigir só o débito, em prejuízo do contribuinte”.

Igual compreensão sobre o tema foi explicitada por **Xavier de Albuquerque**, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal e advogado, em parecer publicado na RDT, vol. 59, pp. 56/72, onde está registrado, após exaustiva análise da questão, o que se cita:

“No Superior Tribunal de Justiça, que sucedeu ao Supremo Tribunal Federal na competência para o exame da matéria em perspec-

tiva infraconstitucional, também vacilou a jurisprudência, com acórdãos dissonantes das duas Turmas integrantes da Primeira Seção. Provocada, esta, todavia, em embargos de divergência, a maioria de seus juízes confluiu para a uniformização da jurisprudência em favor da tese favorável à admissão da correção monetária do critérios retardatários. Deu-se isso no julgamento, a 21.08.1990, dos EREsp n. 1.472/1984 quando se tornou Relator para o acórdão o Ministro Ilmar Galvão. A ementa consignou:

“(…)

“Uniformização que se opera em favor da tese consagrada na decisão embargada.

“Correção monetária irrecusável, em face dos efeitos da inflação sobre o crédito que o contribuinte não pode desfrutar no devido tempo, em razão de embargos opostos pelo Fisco. Ausência de óbice legal ao reconhecimento, em ação declaratória, de direito subjetivo a crédito fiscal pelo respectivo valor corrigido.

“Embargos rejeitados”.

No voto condutor desse decisivo aresto, cuja cópia obtivemos e consultamos, o Ministro Ilmar Galvão fez implícito reparo, na mesma linha de nosso entendimento, há pouco reiterado, à orientação final prevalecente no Supremo Tribunal Federal. E disse: “O argumento, o fundamento que se invoca para recusar-se a correção monetária, é que se trata de ação declaratória em que não houve pagamento. Então é que vem, no meu entender, a premissa falsa. Porque se o importador, o comerciante, deixou de creditar-se daquela quantia, é claro que desembolsou a quantia, porque o ICM, como se sabe, é um imposto apurado por quinzena, sob sistema de lançamentos correntes de créditos e débitos. Ao final da quinzena, apura o contribuinte o que está devendo e recolhe. Um contribuinte que deixou de creditar-se, naquele período, de uma determinada quantia, claro que teve o seu saldo devedor acrescido da correspondente quantia e, conseqüentemente, também o **quantum** a pagar”.

Pouco depois desse julgamento, a mesma Primeira Seção reiterou seu entendimento, ainda por maioria de votos, nos EREsp n. 421, julgados a 13.11.1990, tornando-se Relator para o acórdão o Ministro Vicente Cernicchiaro.

*IX - Créditos acumulados e correção monetária*

Por todo o exposto, não vemos como se possa razoavelmente repudiar a admissibilidade da correção monetária dos créditos de ICM e/ou ICMS que o contribuinte venha a acumular em sua conta-corrente fiscal. Essa situação, quiçá pouco freqüente, não é insólita. “Poderá haver — exemplifica **Gilberto de Ulhôa Canto** — “a situação oposta, como a de empresa que tenha tanto crédito que pode deixar por algum tempo de efetuar recolhimentos do ICM, como no caso de quem estocou muitas mercadorias adquiridas por preços relativamente altos e tem de vender num mercado de procura escassa e por preços não muito elevados, caso no qual os créditos acumulados nas aquisições sustentarão os débitos decorrentes das vendas, sem necessidade de recolhimentos”.

Todos os caminhos, pelo contrário, levam à conclusão da admissibilidade de tal correção: seja o emprego do instrumental dogmático pertinente à compensação que o sistema constitucional impõe como traço da não-cumulatividade do tributo, seja o recurso à analogia ou ao princípio eterno do Direito — na linguagem expressiva de **Agostinho Alvim** — que proscreve o enriquecimento sem causa.

Aos dois últimos processos jurídicos de análise da questão, também preside, latente mas sobranceiro, o princípio isonômico. Registram-no **Geraldo Ataliba** e **Aires F. Barreto**, no parecer tantas vezes mencionado (fls. 38/39): “Curioso é que se a situação fosse inversa — ou seja, se o contribuinte se creditasse por valor maior do que aquele a que fazia jus — isso implicaria desembolso menor, para pagamento do ICMS devido. Equivale dizer que o Fisco receberia menor quantidade de moeda. Tais correlações são matemáticas e inconfutáveis. Só que, neste caso, não se levantariam dúvidas — como até aqui não se levantaram — sobre o direito de o Fisco exigir a reposição do patrimônio estadual, pela aplicação da correção monetária sobre a diferença a haver. Ora, que ordenamento jurídico é esse que o Estado assegura a correção de seus créditos, mas não a correção de seus débitos? Onde o tratamento isonômico entre as duas — substancialmente — idênticas situações?”

Deve acrescentar-se, para reforço do argumento isonômico, que, numa economia marcadamente inflacionária como teima em

ser a nossa, a índole e o mecanismo do ICM e/ou ICMS permitem que, numa situação de acumulação de créditos do contribuinte, sejam os seus débitos, que se originam das saídas e constituem, no reverso, créditos na Fazenda Pública, atualizados de modo virtual, pela só elevação periódica e sistemática — reparadora da erosão monetária, ao invés de incrementadora do lucro real — dos preços de venda das mercadorias.

A doutrina registra o fenômeno que, conquanto econômico, guarda relevância jurídica. “No caso de imposto **ad valorem**” — anotam **Henry Tilbery** e **Ives Gandra da Silva Matins**, referindo-se ao ICM e ao IPI — “não há necessidade de indexação já que a base de cálculo desses impostos automaticamente acompanha a evolução dos preços”. Outro tanto foi observado por **Amílcar de Araújo Falcão**, nestes termos: “No mundo econômico, ante a inflação, a correção monetária se faz espontaneamente, por um simples impulso instintivo, no que diz respeito às prestações instantâneas”.

*X - Conclusão*

É afirmativa, à luz das considerações anteriormente expendidas, nossa resposta à indagação da consulente”.

Por tais fundamentos, dou provimento ao recurso.”

Penso que tudo o que foi desenvolvido no voto supra mencionado, inclusive as manifestações doutrinárias referidas, merece aplicação ao IPI, no tocante à correção monetária do saldo credor apurado para fins de determinação do valor do imposto devido.

Em face do exposto, com o meu pedido de vênia aos entendimentos em sentido contrário, voto pelo provimento do recurso.”

No entanto, a Primeira Turma desta colenda Corte vem se posicionando no sentido oposto, ou seja, de não ser devida a correção monetária dos saldos credores do IPI, nos termos das seguintes decisões:

“Constitucional e Tributário. Mandado de segurança. IPI. Isenção e alíquota zero. Princípio da não-cumulatividade. Creditamento do imposto. Artigo 153, II, da CF. CTN, artigo 49. Não-incidência de correção monetária e juros.

— Na saída com alíquota zero se não houve recolhimento do IPI na entrada da matéria-prima, não há creditamento.

— O creditamento do IPI em decorrência de aquisição de matérias-primas incorporadas ao produto final ou semifinal, favorecidas com isenção do imposto, tem amparo no princípio constitucional da não-cumulatividade.

— Inteligência das disposições constitucionais e legais que, no tocante ao IPI, regulam a não-cumulatividade e as isenções (art. 153, § 3º, II, da CF/1988 e artigo 49 do CTN).

— A correção monetária incide sobre o crédito tributário devidamente constituído, ou quando recolhido em atraso. Diferencia-se do crédito escritural, técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos, a fim de fazer valer o princípio da não-cumulatividade.

— Recurso improvido.”

(REsp n. 416.333/PR, DJ de 19.08.2002, Rel. Min. Luiz Fux)

“Tributário. IPI. Princípio da não-cumulatividade. Artigo 49 do CTN. Créditos escriturais. Não-incidência da correção monetária. Precedentes jurisprudenciais.

— Inteligência das disposições constitucionais e legais que regulam a não-cumulatividade e as isenções (art. 153, § 3º, II, da CF/1988 e artigo 49 do CTN) do IPI.

— A correção monetária incide sobre o crédito tributário devidamente constituído, ou quando recolhido em atraso. Diferencia-se do crédito escritural, técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos, a fim de fazer valer o princípio da não-cumulatividade.

— Não havendo previsão, falece ao aplicador da lei autorizar, ou mesmo admitir, sejam os saldos de créditos relativos ao IPI corrigidos monetariamente, sob pena de infringir a legalidade, sobrepondo-se às suas funções, fazendo às vezes de legislador, desautorizadamente.

— O Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente decidindo que a correção monetária não incide sobre os créditos escriturais.

— Recurso provido.”

(REsp n. 396.837/SC, DJ de 19.08.2002, Rel. Min. Luiz Fux)

“Tributário — IPI — Créditos escriturais — Correção monetária — Não-incidência.

— O IPI será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores (CF, artigo 153, parágrafo 3º, inciso II), dispondo a lei de forma que o montante devido resulte da dife-

rença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados, transferindo-se o saldo verificado para o período ou períodos seguintes (CTN, artigo 49).

— O Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente decidindo que a correção monetária não incide sobre os créditos escriturais.

— Recurso improvido.”

(REsp n. 212.899/RS, DJ de 07.02.2000, Rel. Min. Garcia Vieira)

Registro, ainda, julgados do colendo STF que, não obstante tratem de ICMS, aplicam-se ao IPI, cujos cálculos também são meramente contábeis:

“ICMS: Aproveitamento de créditos escriturais que deixaram de ser lançados na época própria: correção monetária: inadmissibilidade em face do princípio da não-cumulatividade.

— Firmou-se o entendimento de ambas as Turmas do STF no sentido de que a atualização monetária dos créditos escriturais de ICMS é incompatível com o princípio constitucional da não-cumulatividade (CF, art. 155, § 2º, I).”

(AgRg no RE n. 278.726/SP Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 04.12.2001)

“A jurisprudência de ambas as Turmas é firme no sentido de entender inexistente a ofensa aos princípios da isonomia e não-cumulatividade, no fato de a legislação estadual não autorizar a correção monetária de créditos escriturais de ICMS. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no AgRg Criminal n. 273.297/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie)

“Tributário. ICMS. Estado de São Paulo. Correção dos créditos acumulados. Princípios da não-cumulatividade e da isonomia.

— O sistema de créditos e débitos, por meio do qual se apura o ICMS devido, tem por base valores certos, correspondentes ao tributo incidente sobre as diversas operações mercantis, ativas e passivas, realizadas no período considerado, razão pela qual tais valores, justamente com vista à observância do princípio da não-cumulatividade, são insuscetíveis de alteração em face de quaisquer fatores econômicos ou financeiros.

— De ter-se em conta, ainda, que não há falar, no caso, em aplicação do princípio da isonomia, posto não configurar obrigação do Estado, muito menos sujeita a efeitos moratórios, eventual saldo escritural favorável ao contri-

buinte, situação reveladora, tão-somente, de ausência de débito fiscal, este sim, sujeito a juros e correção monetária, em caso de não-recolhimento no prazo estabelecido.

— Recurso conhecido e provido.”

(RE n. 195.902/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 20.11.1998)

“1. Recurso extraordinário. 2. Correção monetária de créditos de ICMS. Inexistência, à época, de previsão legal. 3. Não há ver, pois, ofensa aos princípios da isonomia e da não-cumulatividade. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no RE n. 237.141/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 24.05.2002)

“1. A jurisprudência de ambas as Turmas continua firme no sentido de entender inexistente ofensa aos princípios da isonomia e não-cumulatividade no fato de a legislação estadual não autorizar a correção monetária de créditos escriturais de ICMS. 2. Os arestos da Segunda Turma colacionados no agravo são anteriores ao julgamento dos precedentes citados no despacho agravado, o que demonstra estar superado o entendimento nele esposado. 3. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no AgRg n. 279.226/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 24.05.2002)

“Recurso extraordinário. Correção monetária dos créditos escriturais do ICMS.

— Decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal no julgamento de causas do Estado de São Paulo, no sentido de não haver ofensa aos princípios da não-cumulatividade e da isonomia no fato de a legislação estadual não autorizá-la.

— Orientação que vale para outros Estados, inclusive o Paraná, que só veio a permitir a correção com o Decreto Estadual n. 3.001/1994.

— Tendo sido postulada a correção monetária para créditos de janeiro a julho de 1990, não merece acolhimento a pretensão da agravante.

— Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no RE n. 283.411/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 26.04.2002)

“Recurso extraordinário — ICMS — Saldo escritural — Correção monetária pretendida pelo contribuinte — Inadmissibilidade — Recurso de agravo improvido.

— A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não reconhecer, ao contribuinte do ICMS, o direito à correção monetária dos créditos escriturais excedentes, enfatizando, ainda, que essa recusa não configura hipótese caracterizadora de ofensa aos postulados constitucionais da não-cumulatividade e da isonomia. Precedentes.”

(AgRg no RE n. 277.614/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello)

“Recurso extraordinário — ICMS — Saldo escritural — Correção monetária pretendida pelo contribuinte — Inadmissibilidade — Recurso de agravo improvido.

— A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não reconhecer, ao contribuinte do ICMS, o direito à correção monetária dos créditos escriturais excedentes, enfatizando, ainda, que essa recusa não configura hipótese caracterizadora de ofensa aos postulados constitucionais da não-cumulatividade e da isonomia. Precedentes.”

(AgRg no RE n. 231.195/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 09.11.2001)

“Agravo regimental em recurso extraordinário. ICMS. Correção monetária do débito fiscal e inexistência de previsão legal para atualização do crédito tributário. Alegação de ofensa ao princípio da isonomia e ao da não-cumulatividade.

1. Creditamento do ICMS. Natureza meramente contábil. Operação escritural, razão por que não se pode pretender a aplicação do instituto da correção monetária.

2. A atualização monetária do crédito do ICMS, por não estar prevista na legislação local, não pode ser deferida pelo Judiciário sob pena de substituir-se ao legislador estadual em matéria de sua estrita competência.

3. Alegação de ofensa ao princípio da isonomia e ao da não-cumulatividade do tributo. Improcedência. Se a legislação estadual só previa a correção monetária do débito e vedava a atualização do crédito tributário, não há como falar-se em tratamento desigual a situações equivalentes.

4. A correção monetária incide sobre o débito tributário devidamente constituído, ou quando recolhido em atraso. Diferencia-se do crédito escritural — técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos, a fim de fazer valer o princípio da não-cumulatividade.

— Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no REsp n. 278.931/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 11.10.2001)

“ICMS. Pretensão de correção monetária de créditos acumulados. Improcedência dessa pretensão. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

(RE n. 291.487/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 26.10.2001)

“Tributário. ICMS. Correção de créditos escriturados anteriormente a janeiro de 1994. Afronta aos princípios da não-cumulatividade, da isonomia e da legalidade.

— Ausência de prequestionamento quanto aos dois últimos temas.

— Ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal já se manifestaram no sentido de que não têm os contribuintes do ICMS o direito de corrigir monetariamente os créditos escriturais excedentes, obtidos antes de janeiro de 1994 (RE n. 213.583, Rel. Min. Maurício Corrêa, e AgRg no AgRg n. 181.138, Rel. Min. Moreira Alves).

— Recurso conhecido e provido.”

(RE n. 280.988/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18.06.2001)

“Constitucional. Tributário. ICMS. Créditos acumulados: correção monetária.

I - Créditos acumulados: inexistência de correção monetária. Precedentes do STF

II - REsp provido. Agravo não provido.”

(AgRg no RE n. 306.902/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 1<sup>a</sup>.02.2002)

“Tributário. ICMS. Correção monetária de créditos. Sua vedação. Precedente do STF. Fundamentos da decisão agravada não afastados. Regimental não provido.”

(AgRg no AgRg n. 307.816/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 08.06.2001)

Assim, com base nos julgados deste Sodalício e do distinto STF, há de se concluir “que o art. 153, § 3<sup>o</sup>, III, da Constituição Federal de 1988, c.c. os arts. 49, do CTN, e 81, do Decreto n. 87.981/1992, estabelecem que o IPI não é imposto cumulativo, devendo ser compensado o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, dispondo a lei de forma tal que o montante devido resulte

da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados, transferindo-se o saldo verificado para o período ou períodos seguintes.

Tem-se, portanto, que a natureza do “crédito” do IPI é meramente contábil ou escritural, o que torna impossível de corrigi-lo monetariamente, visto que a operação meramente escritural não tem expressão ontologicamente monetária, razão pela qual não se pode pretender aplicar o instituto da correção ao seu creditamento”.

Em face da orientação seguida por esta Casa Julgadora, exercendo a sua função uniformizadora, não ousou contrariar a jurisprudência que firmou.

Esse é o posicionamento que passo a seguir, por entender ser o mais coerente.

Por tais razões, com a ressalva do meu ponto de vista em sentido contrário, nego provimento ao recurso especial examinado, na parte em que foi conhecida.

É como voto.

---

### RECURSO ESPECIAL N. 504.920 — SE (2002/0176007-6)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Alberto Jorge Santos Macedo

Advogados: Cláudio Maynard Rabelo e outros

Recorrido: Tribunal de Contas do Estado de Sergipe

Advogada: Vera Lúcia Franca Ramos

### EMENTA

Processual Civil. Ação ordinária. Tribunal de Contas. Ilegitimidade.

1. Os Tribunais de Contas são partes ilegítimas para figurarem no pólo passivo de ação ordinária visando desconstituir ato de sua competência.

2. Não deve ser confundida a capacidade judiciária excepcional, que lhe é concedida para estar em juízo na defesa de suas prerrogativas, bem como de figurar como autoridade coatora em mandado de segurança, com a legitimação **ad causam** necessária para a formação da relação jurídica formal.

3. Os Tribunais de Contas não são pessoas naturais ou jurídicas, pelo que, conseqüentemente, não são titulares de direitos. Integram a estrutura da União ou dos Estados e, excepcionalmente, dos Municípios.

4. A alta posição de permeio entre os poderes Legislativo e Executivo, sem sujeição a nenhum deles, embora de relevância para o controle da legalidade e da moralidade das contas públicas, não lhes outorga, só por esse fato, a condição de pessoa jurídica para figurar no pólo passivo de ação ordinária visando desconstituir ato que por ele foi praticado no exercício de sua competência.

5. Peculiaridades do nosso sistema jurídico que exige obediência em face do querer constitucional.

6. Recurso especial 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

---

Publicado no DJ de 13.10.2003

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Alberto Jorge Santos Macedo apresenta recurso especial (fls. 186/192) com fulcro no art. 105, III, **a**, da Carta Magna, contra v. acórdão proferido pelo Grupo II, da Primeira Câmara Cível do TJ/SE, assim ementado (fl. 178):

“Processo Civil. Tribunal de Contas. Ausência de personalidade jurídica. Capacidade judiciária. Recurso conhecido e improvido por unanimidade.

I - O Tribunal de Contas, órgão independente de esboço constitucional, é destituído de personalidade jurídica, possuindo capacidade judiciária apenas

para figurar no pólo de demanda na qual se discutem suas prerrogativas funcionais.

II - Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime”.

Tratam os autos de ação anulatória ajuizada pelo ora recorrente em face do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe tendo por objeto decisões administrativas proferidas por essa Corte nos autos de processos que julgaram ilegal despesa realizada pela Prefeitura Municipal de Barra dos Coqueiros, durante a sua administração.

O juízo monocrático extinguiu o feito sem exame de mérito por entender o autor carecedor de ação, provada a ausência de uma de suas condições, qual seja, a legitimidade passiva **ad causam**.

Apelou o autor, tendo o egrégio Tribunal **a quo**, à unanimidade, negado provimento ao recurso.

Nesta via, o recorrente aponta violação dos seguintes preceitos do CPC:

— art. 12, VI (“Serão representados em juízo, ativa e passivamente: VI — as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores”);

— art. 585, VII (“São títulos executivos extrajudiciais: VII — todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva”).

Defende, em síntese, que o Tribunal de Contas é pessoa jurídica, contendo inclusive inscrição no CNPJ sob o n. 13.170.790/0001-03, tornando-se indiscutível a sua capacidade **ad processum**. Assim, requer a reforma do aresto atacado para, reconhecida a legitimidade do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, dar prosseguimento à ação anulatória ajuizada.

Transcorrido **in albis** o prazo para o oferecimento de contra-razões.

Juízo positivo de prelibação às fls. 197/198-verso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do recurso. Nego-lhe provimento.

Corretas a fundamentação e conclusão do acórdão recorrido. Eis o que assentou (fls. 181/184):

“Tratam os autos de apelação cível, por meio da qual a parte apelante pretende anular a decisão de 1ª Grau que reconheceu a ilegitimidade passiva *ad causam* do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, na ação anulatória

visando desconstituir decisão daquela Corte, a qual reconheceu ilegal despesa efetuada pelo Município da Barra dos Coqueiros, quando o apelante estava na gestão municipal.

O objeto do presente recurso é verificar se o Tribunal de Contas é ou não parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda.

O Tribunal de Contas é classificado, na lição de **Hely Lopes Meirelles**, como um órgão independente. O mestre citado, em sua obra “Direito Administrativo Brasileiro”, editora Malheiros, 25ª edição, p. 65, leciona:

“Órgãos independentes são os originários da Constituição e representativos dos Poderes de Estado — Legislativo, Executivo e Judiciário — colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Por isso, são também chamados órgãos primários do Estado. Esses órgãos detêm e exercem precipuamente as funções políticas, judiciais e quase-judiciais outorgadas diretamente pela Constituição, para serem desempenhadas pessoalmente por seus membros (agentes políticos, distintos de seus servidores, que são agentes administrativos), segundo normas especiais e regimentais”.

“De se incluir, ainda, nesta classe o Ministério Público Federal e estadual e os Tribunais de Contas da União, dos Estados-Membros e Municípios, os quais são órgãos funcionalmente independentes e seus membros integram a categoria dos agentes políticos, inconfundíveis com os servidores das respectivas instituições”.

A respeito dos órgãos, o Mestre ainda ensina na p. 63:

“Os órgãos integram a estrutura do Estado e das demais pessoas jurídicas com partes desses corpos vivos, dotados de vontade e capazes de exercer direitos e contrair obrigações para a consecução de seus fins institucionais. Por isso mesmo, os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria, que são atributos do corpo e não das partes, mas na área de suas atribuições e nos limites de sua competência funcional expressam a vontade da entidade a que pertencem e a vinculam por seus atos, manifestados através de seus agentes (pessoas físicas). Como partes das entidades que integram, os órgãos são meros instrumentos de ação dessas pessoas jurídicas, preordenados ao desempenho das funções que lhes forem atribuídas pelas normas de sua constituição e funcionamento. Para a eficiente realização de suas funções cada órgão é investido de determinada competência, redistribuída entre seus órgãos, com a corres-

pondente parcela de poder necessária ao exercício funcional de seus agentes”.

“Embora despersonalizados, os órgãos mantêm relações funcionais entre si e com terceiros, das quais resultam efeitos jurídicos internos e externos, na forma legal ou regulamentar. E, a despeito de não terem personalidade jurídica, os órgãos podem ter prerrogativas funcionais próprias que, quando infringidas por outro órgão, admitem defesa até mesmo por mandado de segurança”.

Conforme se verifica, o Tribunal de Contas não possui personalidade jurídica, sendo membro de um corpo, qual seja o Estado de Sergipe.

Somente na defesa de suas prerrogativas funcionais, o que não aconteceu no presente caso, estaria o Tribunal de Contas legitimado para figurar no pólo ativo ou passivo da demanda. O que aqui se discute é a juridicidade da decisão daquela Corte, e não as suas prerrogativas.

A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também corrobora o presente entendimento. Transcrevo, no que interessa para o presente julgamento, a decisão do REsp n. 121.053/PB, tendo como Relator o Min. Demócrito Reinaldo:

O Tribunal de Contas do Estado, malgrado figurar no pólo passivo de ação mandamental, não tem personalidade jurídica, por ser mero órgão auxiliar do Poder Legislativo (e a sua personalidade é meramente judiciária), não podendo, por isso mesmo, utilizar-se do recurso especial. *Não é jurídico nem legal cometer-se aos conselhos de contas a legitimação para defender, em juízo (ativa ou passivamente), as suas decisões, mas as suas prerrogativas.* Interpretação de tal sorte dilargante importaria o dever de se conceder aos Juízes e Tribunais judiciários, o poder de litigar, pela via recursal, porfiando a manutenção de seus julgados e, também, a autoridade coatora, na ação de segurança, o direito de recorrer, que é cometido à pessoa jurídica de direito público. *Órgãos da natureza dos Tribunais de Contas só podem residir em juízo (e conseqüentemente recorrer) nas lides internas, em confronto com outros órgãos ou com Poderes do Estado e, no momento em que, algum destes lhes retire prerrogativa ou lhes afronte direitos que lhes são próprios, porque indesejáveis de seus fins constitucionais.*

Ante o exposto, meu voto é no sentido de que seja o recurso conhecido, por cabível e tempestivo, mas para lhe negar provimento, mantendo-se incólume a decisão monocrática impugnada.”

Não se deve confundir a capacidade judiciária que tem o Tribunal de Contas para estar em juízo na defesa de suas prerrogativas, ou de ser chamado ao mandado de segurança como autoridade coatora, com a legitimidade passiva de ser demandado, em ação ordinária, como sendo pessoa jurídica de direito público.

O parecer do Ministério Público Estadual, em 1ª grau, fls. 133/136, bem situou a questão:

“Instada a se manifestar nos presentes autos, a Promotoria de Justiça tem a dizer e opinar o seguinte:

Trata-se de ação anulatória proposta por Alberto Jorge Santos Macedo, já qualificado à fl. 02, contra o Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, tendo por objeto as decisões administrativas TC n. 777, de 12.12.1996 e TC n. 12.342, de 11.08.1993, prolatadas por aquela Corte de Contas Estadual, nos autos dos Processos ns. TC n. 71.329/1993 e TC n. 60.041/1991, respectivamente, que julgaram ilegal despesa realizada pela Prefeitura Municipal de Barra dos Coqueiros, durante a Administração do ora requerente, conforme se infere dos documentos de fls. 09/51 dos presentes autos.

Citado, o réu ofereceu contestação na qual sustenta sua legitimidade passiva **ad causam**. No mérito, sustenta deva ser declarado improcedente o pedido inicial, por se tratar de lide meramente procrastinatória, na medida em que seu objetivo é tão-somente permitir ao autor escapar da pecha da inelegibilidade eleitoral, nas eleições municipais de 2000, além de inexistência de vícios que maculem a decisão daquela Corte de Contas.

Entende a Promotoria de Justiça deva ser indeferida a inicial, com consequente extinção do feito sem julgamento do mérito, embasado na norma preconizada no art. 267, I e VI, combinada ao art. 295, II, todos do CPC.

Com efeito, ainda que o julgamento da despesa pública seja competência do Tribunal de Contas do Estado, em se tratando o mesmo órgão auxiliar do Poder Legislativo, dotado apenas de personalidade judiciária, mas não de personalidade jurídica própria, manifesta é a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da presente relação processual, cabendo, ao Estado de Sergipe, também denominado Fazenda Pública Estadual responder em juízo, ativa e passiva por ações judiciais, decorrentes de condutas atribuídas a qualquer de seus órgãos ou Poderes.

Vale acrescentar que a personalidade judiciária confere aos órgãos sem personalidade jurídica própria legitimidade apenas para a defesa de suas prerrogativas funcionais em sede de mandado de segurança, o que, evidentemente, não é o caso dos autos. Portanto, parte legítima seria o Estado de

Sergipe, conforme aqui já explicitado. Confira-se, para tanto, entendimento doutrinário da lavra do eminente Ministro Victor Nunes Leal, publicado na Revista de Direito Administrativo n. 15/46-64.

A matéria em questão, aliás, já foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 121.053/ PB — Relator Ministro Demócrito Reinaldo — Primeira Turma — j. 18.09.1997 — DJ de 27.10.1997, p. 54.729 — RSTJ 104, p. 156, que assim se manifestou:

“Órgãos da natureza dos Tribunais de Contas só podem residir em juízo (e conseqüentemente recorrer) nas lides internas, em confronto com outros órgãos ou com Poderes do Estado e, no momento em que algum destes lhes retire prerrogativa ou lhes afronte direitos que lhes são próprios, porque indesejáveis de seus fins constitucionais”.

Verificado, pois, o vício processual, temos que a petição inicial deva ser indeferida, já que a ilegitimidade passiva de parte conduz à extinção do feito, sem julgamento do mérito, por falecer tal condição da ação, já que somente o titular de um direito pode discuti-lo em juízo e que a outra parte deve ser o sujeito do mesmo direito.

Por via de conseqüência, desfeito é ao Julgador, em verificando a falta de condição da ação após citado o Réu, determinar a sua exclusão do feito e ordenar a citação daquela pessoa que deveria corretamente figurar no pólo passivo. Isso porque tal ato judicial ordenatório implicaria em admitir a inoção da peça inicial após formada a triangulação processual (citação) — Autor — Juiz — Réu. Seria o mesmo que emendar-se a inicial sem consentimento do Réu.

**Calmon de Passos**, em sua obra “Comentários ao Código de Processo Civil” — III vol., Editora Forense, 5ª edição, 1988, pp. 260/263, comentando o art. 295, do CPC, assevera:

“Ilegitimidade manifesta — Indefere-se a inicial quando a parte for manifestamente ilegítima.

O Código anterior, em seu art. 160, também autorizava o indeferimento nessa hipótese. Em torno de seu enunciado, instalou-se polêmica, divergindo os estudiosos e magistrados: para uns, cuidava-se tanto de ilegitimidade processual como de ilegitimidade substancial, ditas ilegitimidades para o processo e legitimidade a causa; para outros, só de legitimidade processual se tratava. O novo texto não deixa margem à dúvida. Refere-se à legitimidade substancial que, ao lado da possibilidade jurídica e do interesse processual, constitui a trilogia das condições da ação.

Quando cuida da legitimação processual, o novo Código a denomina de capacidade processual (arts. 13 e 265, § 1º) e a inclui entre os chamados pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV) que não se confundem com as condições da ação (art. 267, VI). Isso, contudo, não significa poderem ambas, ou qualquer delas, conduzir ao indeferimento da inicial.

(...)

Por último, temos a noção de parte legítima. Aqui se põe o sujeito da relação processual em confronto com o sujeito da lide, isto é, do sujeito da relação de direito material cuja existência foi posta para conhecimento e decisão do juiz. Estamos em face de um conceito que se coloca ao nível do conceito de legitimação no campo do direito material. Apenas não se cuida da legitimação para adquirir ou transferir direitos, mas de legitimação para postular a tutela de determinado interesse material (de conteúdo previsto e protegido pelo direito material).

Deve ser sujeito da relação processual, para ser parte legítima, quem é o sujeito da pretensão ou o sujeito da prestação. Em outras palavras, deve ser sujeito da relação processual quem é sujeito da lide. Deve haver, portanto, correlação entre os sujeitos da lide e os sujeitos da relação processual, donde se conceituar a legitimação processual como a pertinência subjetiva da lide. Quem afirma uma pretensão, ou quem se afirma com direito a lograr determinada consequência jurídica, bem como aquele de quem se pretende uma prestação, ou em face de quem se persegue determinada consequência jurídica, estes é que devem ser partes na relação processual, para que haja legitimidade. Somente quando, excepcionalmente, autorizado por lei, pode alguém pleitear, em nome próprio, direito alheio (legitimação anômala, denominada de substituição processual e referida no art. 6º)”.

Fica, pois, suficientemente demonstrada a ilegitimidade passiva **ad causam** do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe para figurar na presente relação processual, opina o Ministério Público seja indeferida a inicial e extinto o feito, sem julgamento do mérito, respaldado no disposto no artigo 295, II, combinado aos artigos 267, I e VI, do Código de Processo Civil.”

Isso posto, com apoio nos fundamentos acima desenvolvidos, nego provimento ao presente recurso.

É como voto.

**RECURSO ESPECIAL N. 507.743 — RS (2003/0001633-8)**

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Procuradores: Luciana Mabilia Martins e outros

Recorrente: Transportadora Tegon Valenti S/A

Advogados: Tatiana Hoffmann de Oliveira Gonçalves e outros

Recorridos: Os Mesmos

**EMENTA**

Processual Civil. Unicidade recursal. Ausência de ratificação do recurso especial após o julgamento dos embargos infringentes e declaratórios. Carência de prequestionamento da questão federal suscitada (violação ao teor do art. 106, II, do CTN). Inteligência da Súmula n. 282 do STF Não-conhecimento.

1. Nos termos da orientação desta Casa Julgadora, aquele que manifesta recurso especial da parte unânime do acórdão da apelação e também embargos infringentes em relação ao ponto não unânime, há de, julgado o segundo, proceder a ratificação do primeiro (REsp n. 39254/SP, Rel. Min. Dias Trindade, DJ de 06.10.1997), sob pena de ter seu seguimento obstado.

2. Impede o êxito do recurso especial a ausência de prequestionamento da matéria federal argüida. **In casu**, o acórdão recorrido não decidiu a controvérsia à luz do preceito apontado como violado pela recorrente (art. 106, II, CTN).

3. A admissibilidade do recurso especial está vinculada aos ditames registrados na Constituição Federal. A rigidez estabelecida para o seu conhecimento decorre de que só é viável quando houver discussão, no Tribunal de origem, a respeito da aplicação da legislação infraconstitucional trazida à tona no especial. Inteligência da Súmula n. 282 do STF.

4. Recurso especial da empresa não conhecido.

Constitucional. ICMS. Sistemas de creditamento e de redução da base de cálculo. Acórdão de segundo grau que dirimiu a controvérsia confrontando legislação local com preceito constitucional (art. 155, § 2º, I). Princípio da não-cumulatividade. Impossibilidade de apreciação do recurso especial.

1. O acórdão recorrido revela nítido conteúdo constitucional a alicerçar a conclusão adotada, eis que emitiu pronunciamento na linha de que o sistema instituído pela Constituição Federal de compensação entre créditos e débitos deve ser respeitado pelo legislador infraconstitucional que estatui sistema facultativo de compensação, pois visa assegurar a eficácia plena do princípio da não-cumulatividade. Confrontadas as normas criadas pelo Estado do Rio Grande do Sul com o parâmetro constitucional da não-cumulatividade do ICMS, concluiu-se que se trata de matéria constitucional indisponível, mesmo que o contribuinte tenha feito a opção pela base de cálculo reduzida, o que é ineficaz, por se tratar de garantia.

2. Verificando-se que a tese esposada pelos ilustres julgadores da Corte ordinária importou no exame de legislação estadual conflitante com princípio maior resguardado pela Carta Política do País, inviável torna-se o seguimento do recurso especial porque este não possui estrutura adequada para modificar entendimento de tal envergadura. A missão deste apelo nobre é, unicamente, defender a aplicação e interpretação da legislação infraconstitucional, reservada ao recurso extraordinário a defesa dos preceitos insculpidos na Carta Maior de nosso ordenamento jurídico.

3. Recurso especial do Estado do Rio Grande do Sul não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer de ambos os recursos, 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), 09 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

---

Publicado no DJ de 13.10.2003

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Em exame dois recursos especiais que objetivam a desconstituição de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementados:

— da apelação cível (fl. 244):

“Tributário. Execução. Embargos. Princípio do não-confisco. Lei posterior. Repercussão. ICMS. Não-cumulatividade. Sistemas de creditamento e de redução da base de cálculo. TR e UFIR. Honorários de sucumbência no caso das procuradorias. Má-fé.

Apelação provida em parte. Voto-vencido”.

— dos embargos infringentes (fl. 324):

“ICMS. Não-cumulatividade. Sistema alternativo de compensação. Inadmissibilidade.

1. A Constituição, para o fim de concretizar o princípio da não-cumulatividade do ICMS, determina que a compensação ocorra entre crédito e débito. Este é o sistema eleito pela própria Carta Magna. Assim, compensam-se créditos e débitos, e não um sistema por outro. Ofende, pois, norma de sobredireito, o legislador infraconstitucional que institui sistema facultativo de compensação, como é o caso da redução da base de cálculo. Exegese do art. 155, § 2º, I, da CF.

2. Embargos infringentes acolhidos. Votos-vencidos”.

— dos embargos de declaração (fl. 346):

“Embargos declaratórios.

A Câmara não está obrigada a discorrer sobre todos os argumentos utilizados pela parte. Basta que encontre assente os fundamentos fáticos e jurídicos da decisão.

Omissão incorrente.

Embargos declaratórios desacolhidos”.

Tratam os autos de embargos à execução movidos pela empresa Transportadora Tegon Valenti S/A em face do Estado do Rio Grande do Sul objetivando discutir crédito relativo a ICMS, especificamente quanto à possibilidade de creditamento sobre operações de insumos em hipótese onde haja ocorrido a opção pela redução da sua base de cálculo, além de questões periféricas como cobrança de multas, aplicação de índices de correção monetária e juros.

O juízo monocrático entendeu improcedentes os embargos, impondo-lhes, ainda, multa por litigância de má-fé.

Inconformada, apelou a embargante, tendo o egrégio Tribunal **a quo**, por maioria, dado parcial provimento ao recurso para, tão-somente, afastar a condenação nas penas de litigante de má-fé. Ao mais, manteve o posicionamento de ausên-

cia de excesso de execução, devendo a autuação limitar-se a cobrar o imposto devido sem o benefício da redução da base de cálculo.

Manifestou a empresa/embargante os oportunos embargos infringentes, os quais resultaram acolhidos, prevalecendo o anterior voto-vencido na linha de que, em suma, não podem os Estados celebrar convênios possibilitando ao contribuinte optar por outro sistema, no caso, o da redução da base de cálculo do ICMS, com prejuízo daquele constitucionalmente assegurado: da compensação por creditamento.

Manejados embargos de declaração pelo Estado, foram os mesmos rejeitados nos termos da ementa supratranscrita.

Nesta via, primeiramente, vislumbra-se recurso especial apresentado pela empresa Transportadora Tegon Valenti S/A, fundamentado nas alíneas **a** e **c**, do inciso III, do art. 105, da CF/1988.

Aduz a recorrente infringência ao art. 106, II, do CTN (“*A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: II — tratando-se de ato não definitivamente julgado*”), defendendo, em suma, o direito à retroatividade benigna da lei tributária em casos de redução das multas adicionadas aos débitos de tributos estaduais com base na Lei/RS n. 10.932, de 14.01.1997, que redefiniu os percentuais, trazendo diminuição na ordem de 40%.

O segundo especial é da autoria do Estado do Rio Grande do Sul (fls. 366/391), o qual, alicerçado na alínea **a** do permissivo constitucional, aponta violação dos seguintes preceitos normativos:

- *do CPC:*

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

- *art. 458, II* (“São requisitos essenciais da sentença: II — os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.”);

- *art. 535* (“Cabem embargos de declaração quando: I — houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II — for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”).

- *do Convênio ICM n. 66/1988:*

- *art. 29, § 1<sup>a</sup>* (prevê a hipótese de os Estados firmarem convênios concedendo a benesse da redução da base de cálculo para apuração do ICMS).

- *do Convênio ICMS n. 38/1989:*

- cláusula 2<sup>a</sup> e parágrafo único (“A redução da base de cálculo será aplicada opcionalmente”).

• da LC n. 24/1975:

— art. 1<sup>a</sup>, *parágrafo único*, I (“As isenções do imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas, nos termos dos convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta lei. *Parágrafo único*. O disposto neste artigo também se aplica: I — à redução de base de cálculo”).

Argumenta, em síntese, que:

a) o acórdão recorrido, ao permitir a utilização do benefício fiscal da base de cálculo reduzida de ICMS sobre as aquisições de bens e serviços tributados, acabou por ofender o princípio da não-cumulatividade expresso no art. 3<sup>o</sup>, do DL n. 406/1968, bem como por afrontar o disposto no art. 29, § 1<sup>o</sup>, do Convênio ICM n. 66/1988, dotado de força de lei complementar, e art. 1<sup>a</sup>, *parágrafo único*, I, da LC n. 24/1975;

b) o benefício da redução da base de cálculo é opção do contribuinte, que poderá adotá-la em substituição ao sistema de tributação previsto na legislação estadual, hipótese em que ficará vedada a utilização dos créditos fiscais relativos às entradas. A embargante, por livre vontade, decidiu pela benesse fiscal, legalmente instituída, que lhe proporcionou a redução da base de cálculo sobre o total do preço dos serviços de transporte efetivados. Tinha ciência que, conforme disposição legal (art. 34, I, **n**, RICMS), a mencionada opção acarretaria a impossibilidade de uso de crédito fiscal relativo às operações anteriores, preferindo, mesmo assim, a redução da base de cálculo. Essa opção já gerou efeitos concretos, no âmbito tributário, de natureza financeira. Não há como, agora, permitir-se mudança de regime, que resultaria, de fato, em duplo creditamento, um sobre o outro (redução da base de cálculo e compensação de créditos), gerando malferimento ao princípio da não-cumulatividade.

Contra-razões (fls. 419/426) ao especial da empresa, sustentando a inadmissibilidade do inconformismo pela ausência de prequestionamento da questão federal, não tendo o aresto **a quo**, em momento algum, debatido o teor do art. 106 do CTN. Além disso, a divergência pretoriana não foi demonstrada satisfatoriamente, havendo sido transcritas apenas algumas ementas, sem ter sido realizado o cotejo analítico. Por derradeiro, verifica-se que o recurso interposto não foi ratificado após o julgamento dos embargos infringentes, tornando-se inteiramente prejudicado, eis que, tendo o Tribunal de Justiça considerado correta a conduta da empresa, extinguindo a execução fiscal, não há o que se discutir acerca da multa aplicada, vez que esta é simples acessório do principal, que é o crédito tributário.

Contra-razões foram apresentadas, também, ao especial manejado pelo Estado do Rio Grande do Sul (fls. 428/439), defendendo-se a manutenção do aresto

recorrido, eis que tornam-se inconstitucionais quaisquer condicionamentos por leis locais ao uso (ou não) de créditos em face do benefício da base de cálculo reduzida. Se toda a questão **sub judice** cinge-se a que a redução da base de cálculo concedida por liberalidade do Estado — com relação ao débito pela prestação do serviço (saída) —, não poderia ser condicionada à redução do crédito fiscal pelas compras (entrada), posto que este é um direito constitucional do sujeito passivo, inatingível por lei estadual, tem-se que não há suporte nem legitimidade para a execução fiscal em tela, cuja vertente está exatamente no aproveitamento dos créditos fiscais integrantes das notas fiscais de compras de insumos de transportes (entradas), que foram inconstitucionalmente glosados pelo fisco local.

Interposto, concomitantemente, recurso extraordinário pelo Estado às fls. 392/417, tendo sido respondido às fls. 434/439.

Juízo positivo de prelibação, às fls. 441/447, para todos os recursos interpostos.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Analiso, **a priori**, o inconformismo da empresa Transportadora Tegon Valenti S/A.

Da análise das razões expostas, exsurge, de modo evidente, a impossibilidade de lhe ser outorgado o seguimento pretendido, e duas são as razões que embasam tal afirmativa.

A primeira diz respeito ao fato de a recorrente haver interposto seu recurso especial concomitantemente com a apresentação dos embargos infringentes e não haver corroborado sua manifestação da vontade de recorrer após o julgamento desses infringentes seguido dos embargos declaratórios.

Nos termos da orientação desta Casa Julgadora, aquele que manifesta recurso especial da parte unânime do acórdão da apelação e também embargos infringentes em relação ao ponto não unânime, há de, julgado o segundo, proceder à ratificação do primeiro (REsp n. 39.254/SP, Rel. Min. Dias Trindade, DJ de 06.10.1997), sob pena de ter seu seguimento obstado, em obediência ao princípio da unicidade recursal.

Registro as palavras do ilustre Ministro Fontes de Alencar no precedente acima referenciado, que bem elucidam o raciocínio firmado:

“O fato de a recorrente não ter reiterado o recurso especial, após a decisão dos embargos infringentes, impede seu conhecimento. Se o recurso fica

sobrestado até o julgamento dos infringentes, não deve tomar curso por impulso próprio, sem que a recorrente manifeste persistir seu inconformismo.

Aquele que manifesta recurso especial da parte unânime do acórdão e também embargos infringentes em relação ao ponto não unânime, há de, julgado o segundo, ratificar o primeiro.

Tenho, assim, por imperfeita a manifestação da vontade de recorrer, e, nesta linha, considero não provocada a prestação jurisdicional desta Corte”.

Cumprе assinalar, ainda, que outro obstáculo erige-se frente à admissibilidade do presente recurso.

Constata-se que o dispositivo tido por violado (art. 106, II, do CTN) não se encontra inserido no corpo do aresto vergastado como objeto de deliberação da decisão colegiada, e isso é suficiente para obstar o seguimento do presente recurso, já que não gera o prequestionamento necessário da matéria apresentada nesta fase recursal.

É o prequestionamento condição prévia ensejadora da própria existência do recurso excepcional, pois o inconformismo do recorrente deve estar ligado ao que, pelo pronunciamento final do Tribunal **a quo**, ficou decidido contra o seu interesse. Portanto, sendo condição de admissibilidade, quando insatisfeito, torna incabível o apelo especial, atraindo a incidência da Súmula n. 282 do colendo Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, não conheço do recurso especial de autoria da empresa.

Quanto ao inconformismo do Estado do Rio Grande do Sul, verifica-se que melhor sorte não lhe é reservada.

Pretende o recorrente, via do presente especial, que seja reformado o aresto de segundo grau que, em sede de embargos infringentes opostos pela empresa, fez prevalecer o anterior voto-vencido na linha de que, em síntese, a Constituição, para o fim de concretizar o princípio da não-cumulatividade do ICMS, determina o sistema de compensação por creditamento. Assim, conflita com a Carta Magna a adoção de qualquer outro sistema, como por exemplo o da redução da base de cálculo, mesmo que seja por opção do contribuinte.

Cumprе realçar que o aresto de segundo grau, indiscutivelmente, faz repousar suas convicções no terreno da constitucionalidade, o que, por si só, transfere o debate à seara extraordinária.

Por pertinentes, merecem destaque as palavras do ilustre Desembargador Iri-neu Mariani no voto-condutor do julgamento dos embargos infringentes às fls. 329/330:

“Eminentes colegas, mantenho o voto que proferi na Câmara, pelo qual tive a pretensão de examinar esse problema do creditamento sobre a base de cálculo reduzida, como sistema facultativo instituído pelo Estado para compensar outro sistema, aquele previsto na Constituição, que é o da compensação de crédito de débito, isto é, compensar crédito e débito, e não um sistema por outro (fls. 248/255).

Assim, peço vênia para me reportar. Em síntese é isto: a Constituição, para o fim de concretizar o princípio da não-cumulatividade do ICMS, determina o sistema de compensação por creditamento. Conflita, por isso, com a Carta Magna, a adoção de qualquer outro sistema, como por exemplo o da redução da base de cálculo, mesmo que seja por opção do contribuinte, desimportando inclusive o resultado pecuniário. É que, no caso, o sistema eleito pela Carta Magna traduz o próprio conteúdo da garantia que ela assegura, que é, em substância, de proveito integral, obviamente na base de cálculo sobre a qual o tributo incidiu.

Rogando vênia, acolho.”

Nas suas razões recursais, o próprio recorrente aponta arestos oriundos do egrégio STF a sustentarem suas alegativas. É o que desborda do conteúdo de fls. 386 e 387.

Ao mais, segue o Estado a defender a tese da ofensa do princípio da não-cumulatividade traduzida no fato de que, considerando que o próprio imposto integra a base de cálculo do ICMS, havendo redução dessa base e, após, o creditamento, não haveria a distribuição equânime da carga tributária, como apregoa o princípio maior.

O acórdão recorrido, portanto, revela nítido conteúdo constitucional a alicerçar a conclusão adotada ao emitir pronunciamento na linha de que o sistema instituído pela Constituição Federal de compensação entre créditos e débitos deve ser respeitado pelo legislador infraconstitucional que estatui sistema facultativo de compensação, pois visa assegurar a eficácia plena do princípio da não-cumulatividade.

Confronta o ilustre Relator **a quo**, no voto-vencido em sede de apelação, as normas criadas pelo Estado do Rio Grande do Sul com o parâmetro constitucional da não-cumulatividade do ICMS, concluindo que se trata de matéria indisponível, mesmo que o contribuinte tenha feito a opção pela base de cálculo reduzida, o que é ineficaz, por se tratar de garantia. Confira-se fls. 251/255:

“A partir daí começaram os Estados a celebrar convênios possibilitando ao sujeito passivo optar por outro sistema, qual seja o da redução da base de cálculo, abrindo mão daquele constitucional da compensação por creditamento.

Portanto, criou-se uma ferramenta alternativa e facultativa ao contribuinte para cumprimento do princípio da não-cumulatividade.

Em nosso Estado, consta no Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n. 33.198/1989. Dizem, combinadamente, o art. 17, § 10, e o art. 34, I, alínea **n**, o sistema de redução da base de cálculo do tributo depende de opção do contribuinte, mas, enquanto vigor a opção, não poderá creditar-se do imposto pago sobre a base reduzida.

Precisamente aqui está o cerne da controvérsia.

É possível aos Estados-Membros, ao fim de cumprimento do princípio da não-cumulatividade, valerem-se de sistema que não aquele do creditamento eleito pela Constituição? Ainda: mesmo que esse sistema alheio à Constituição seja facultativo ao contribuinte, a opção é válida quando o aproveitamento do montante passa a ter significado meramente formal, e não substancial?

Jurisdicionando no 1º Grau, lembro que em duas oportunidades, nos idos de 1994, julguei de modo contrário à sustentação da apelante, mesmo sentido que se firmou a jurisprudência desta Corte, por exemplo, em RJTJRS 169/280-1, tendo como o eminente Des. Tupinambá. Diz a ementa: A opção pelo sistema de redução de base de cálculo, por ser benefício utilizado pelo contribuinte a seu talante, não viola o princípio da não-cumulatividade. Disse o Relator: Com efeito, os Estados podem regular a respeito de benefícios fiscais (art. 155, § 2º, XII, **g**, da CF), obedecidas as regras da Lei Complementar n. 24/1975, recepcionada pela atual Constituição (art. 34, § 8º, do ADCT), lei complementar esta que trata, também, da redução da base de cálculo (art. 1º, parágrafo único, I). E, como se viu, a regulação estadual, através de convênios, condiciona a opção do novo sistema à não-utilização dos créditos. Ressalte-se o aspecto de que o contribuinte não está obrigado a adotar o novo sistema; depende de sua exclusiva e inteira vontade, inclusive sua manutenção. No mesmo sentido, também desta Câmara, a Ap. Cív. n. 596086447, tendo como Relator o eminente Des. José Velinho de Lacerda.

Enfim, se o contribuinte optou pelo regime de redução da base de cálculo, renunciou ao sistema de creditamento, agregando-se, pelo prisma da constitucionalidade, o argumento de que os Estados podem dispor a respeito de benefícios fiscais (art. 155, § 2º, XII, **n**).

No entanto, passados alguns anos, o STF teve oportunidade de se manifestar a respeito. E o fez em sessão plenária, no dia 24.03.1997, de modo a me convencer, em um caso de Minas Gerais, deliberando pela inconstitucionalidade do sistema de redução da base de cálculo. Ficaram vencidos apenas os Ministros

Ilmar Galvão e Octavio Gallotti, mas por um motivo peculiar que adiante destacarei.

Disse o Ministro Marco Aurélio, Relator O regulamento do hoje Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (...) do Estado de Minas Gerais, preceitua o tratamento todo próprio da incidência do tributo, considerada a comercialização de máquina, aparelho, veículo, mobiliário, motores e vestuários usados. A base de incidência sofre redução de oitenta por cento. Inegavelmente, tem-se aí benefício outorgado pelo Estado. Ocorre que, em passo seguinte, fez-se inserir cláusula vedando “o aproveitamento do valor do imposto relativo à aquisição da mesma”, ou seja, da mercadoria. Após reproduzir o art. 155, § 2º, I, da CF, pelo qual o ICMS é não-cumulativo, diz o Relator: O Estado, ao implementar uma certa política fiscal, está jungido aos princípios insertos no Diploma Maior da República. Descabe dar com uma das mãos e retirar com a outra, mormente quando envolvido direito assegurado constitucionalmente. Nem se diga que a hipótese tem enquadramento na alínea **b** do inciso I do § 2º, referido (anulação do crédito das operações anteriores nos casos de isenção ou imunidade). Não se trata de isenção ou não-incidência do tributo, mas de caso em que se dispôs, de forma correta, ou não — isso não está em jogo neste processo — sobre base de incidência reduzida. E conclui: Tanto vulnera a lei aquele que inclui no campo de aplicação hipótese não contemplada, como o que exclui caso nela previsto. O princípio da não-cumulatividade é linear, ensejando a observação de crédito diante de operações sucessivas, como ocorrem, normalmente, na circulação de mercadorias. Fora das opções consagradas constitucionalmente, não há campo para a previsão em regra local (RT 743/189, transcrição da p. 190). Importante é notar o motivo pelo qual o Ministro Ilmar Galvão divergiu. Acontece que, reduzindo em 80% a base de cálculo, restava indiscutível que esse limite dificilmente poderia vir a ser ultrapassado, nas operações da espécie, por efeito da simples eliminação de crédito fiscal em tela, se a saída da mercadoria é tributada por apenas um quinto do valor do imposto normalmente devido. Realmente para que tal acontecesse, como é fácil calcular, um mesmo bem móvel usado haveria de estar envolvido em, pelo menos, cinco operações sucessivas, entre comerciantes do ramo, risco que não se pode ter por plausível, a ponto de ter-se a exigência sob apreciação como atentatória ao princípio da não-cumulatividade. E a conclusão: Desse modo, por não vislumbrar, no caso, a inconstitucionalidade apontada, meu voto, com a vênua do eminente Relator, não conhece do recurso (p. 192).

Como se vê, a maioria entendeu que o só fato da exclusão do creditamento vulnera a não-cumulatividade, desimportando se, afinal, é mais vantajoso para

o contribuinte ou para o Fisco; já a minoria entendeu que não importa o meio, e sim o resultado, se há prejuízo ao princípio, prejuízo esse inverossímil quando a redução da base de cálculo é de 80%, portanto, válido.

Em suma: a maioria entendeu importante o meio eleito pela Constituição, porque ele é o conteúdo da não-cumulatividade por ela assegurada, e desimportante o resultado pecuniário, enquanto a minoria entendeu importante o resultado pecuniário e desimportante o sistema.

Ora, no Rio Grande do Sul acontece situação inversa da de Minas Gerais. Aqui, de 80% é a base de incidência do imposto, e de 20% a redução. Estivesse em julgamento o caso de nosso Estado, e não de Minas Gerais, sinto-me autorizado a intuir, pela teoria do resultado, defendida pelo Ministro Ilmar Galvão, que a votação seria unânime pela inconstitucionalidade.

Não há dúvida de que, a opção da doutra maioria, a qual adoto, máxima vênia da minoria, e também da corrente contrária nesta Corte, é o mais fiel à Constituição. Enfim, o sistema de creditamento é o único que assegura a compensação do montante que — repito — tem sentido substancial, haja vista a questão da correção monetária dos créditos excedentes. Diria que, em conteúdo, o sistema de creditamento e compensação é o próprio princípio da não-cumulatividade.

E como se trata de matéria constitucional, é indisponível. Mesmo que tenha a apelante feito a opção pela base de cálculo reduzida, isso é ineficaz. Importa é a garantia constitucional.

Embora já tenha votado, inclusive em processo da mesma ora apelante, no sentido de apenas excluir a diferença, fazendo-se o recálculo de todo o débito como se regime de redução da base não tivesse havido, pensei mais detidamente e me convenci de que, na realidade, desmancha-se toda a estrutura também formal, e não apenas substancial, das CDA, o que conduz à nulidade da execução por falta de liquidez, e nesse sentido passei a votar.

Por isso, provejo para nulificar a execução, respondendo o Estado pelas custas e honorários advocatícios, os quais, com base no art. 20, § 4º, do CPC, fixo em 2% do valor da causa (embargos), atualizado pelo IGP-M desde o ajuizamento.

E destaco porque, se a Câmara acolher, restam prejudicados todos os demais questionamentos.”

Resumindo, vislumbra-se que a tese esposada pelos ilustres julgadores da Corte ordinária importou no exame de legislação estadual conflitante com princípio maior resguardado pela Carta Política do País.

Por conseguinte, inviável torna-se o seguimento do presente recurso especial, porque este não possui estrutura adequada para modificar entendimento de tal envergadura. A missão deste apelo nobre é, unicamente, defender a aplicação e interpretação da legislação infraconstitucional, reservada ao recurso extraordinário a defesa dos preceitos insculpidos na Carta Maior de nosso ordenamento jurídico.

O sistema de distribuição de competência recursal inserido em nosso ordenamento jurídico, pela Carta Maior, não pode ser rompido. Do mesmo modo que o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, não se pronuncia com carga decisória 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 especial.

Em face de tais pronunciamentos e certo de que o recurso tem pretensão de discutir o aresto com vistas em matéria eminentemente constitucional, não conheço do mesmo com a permissibilidade do art. 557, do CPC.

Conclusão: ambos os recursos especiais não conhecidos.

É como voto.

---

