

Jurisprudência da Primeira Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 363.141 – SP

(Registro n. 2001.0006197-4)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Agravante: Contex Confeccionados Têxteis S/A
Advogados: Mônica Timm e outros
Agravada: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradora: Vera Evandía Benincasa

EMENTA: Processual Civil – Agravo regimental – Agravo de instrumento – Execução fiscal – Intempestividade – Feriado estadual – Apuração – Segundo turno – Eleição municipal – Juntada extemporânea de documento não oficial.

– Não se admite documento não oficial, porquanto não habilitado, acostado aos autos, a fim de comprovar a existência de recesso local, vez que não resta demonstrada sua origem, tampouco autenticidade.

– Para comprovação de recesso local, basta a apresentação de uma certidão da secretaria do respectivo tribunal ou de declaração da autoridade judiciária demonstrando não ter havido expediente.

– 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 Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 7 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Francisco Falcão, Relator.

Publicado no DJ de 3.6.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de minha lavra, pela qual neguei seguimento a agravo de instrumento, tendente a viabilizar o acesso de recurso especial a esta Corte, por encontrar-se intempestivo.

Sustenta o Agravante ter findado o prazo para interposição do agravo de instrumento no dia 31.10.2000, e não em 30.10.2000, como consta na decisão por mim proferida, vez que em tal data foi suspenso o expediente do Poder Judiciário do Estado de São Paulo para apuração do segundo turno de eleição municipal.

Por manter a decisão agravada, trago o feito em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Neguei seguimento ao agravo de instrumento em face da comprovação de sua intempestividade, uma vez que a publicação da decisão recorrida deu-se em 19.10.2000 e a petição de agravo foi protocolada apenas em 31.10.2000.

Em que pese os esforços do Agravante em ver analisada a sua pretensão, tenho que o agravo regimental não merece prosperar.

Com efeito, na formação do instrumento, o Agravante olvidou-se da juntada de certidão que comprovasse o presente recesso, e, assim, por não se tratar de feriado oficialmente nacional, é imprescindível a comprovação deste através da juntada de certidão emitida pela secretaria do tribunal de sua comarca ou declaração da autoridade judiciária.

Ocorre que o Agravante busca na oportunidade em comento promover a juntada de documento, a fim de auferir a tempestividade do recurso, cujo teor passa a demonstrar que no dia 30.10.2000 não houve expediente no Poder Judiciário do Estado de São Paulo face à apuração do segundo turno de eleição municipal.

Contudo, observa-se que o documento ora acostado aos autos não é oficial, e, portanto, não está hábil a comprovar que na aludida data não houve expediente na secretaria do Tribunal do Estado de São Paulo, vez que não resta demonstrada a origem, tampouco a autenticidade, do documento.

Por oportuno, colaciono o seguinte precedente da Terceira Turma deste colendo Tribunal:

“Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Intempestividade. Feriado nacional móvel. Inexistência. Juntada de documento não oficial.

I – Inexistência de feriado nacional oficial no dia mencionado pelo agravante.

II – Documento acostado aos autos a fim de comprovar a existência de feriado no **dies ad quem** não oficial e, portanto, não habilitado a tal demonstração.

III – Para comprovação de feriado estadual, basta uma certidão da secretaria da respectiva comarca enunciando não ter havido expediente.

IV – Regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 179.548-RS, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 2.4.2001, p. 286).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 434.480 – RS

(Registro n. 2002.0054313-1)

Relator: Ministro Luiz Fux
Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Anna Flávia Nóbrega Cavalcanti e outros
Agravados: Inário Schaefer e outros
Advogado: Maurício Dal Agnol

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial – Honorários advocatícios – Fazenda Pública – Execução fiscal – Ausência de embargos – Medida Provisória n. 2.180-35/2001 – Fato superveniente – Impossibilidade de se suscitar em sede extraordinária – Ausência de prequestionamento – Inaplicabilidade do art. 462 do CPC.

1. “A nova redação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil

deixa indubitoso o cabimento de honorários de advogado em execução, mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial.” (REsp n. 140.403-RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ de 5.4.1999).

2. Entendimento pacificado nesta Corte Superior de que não se impõe, para fixação de honorários na ação executiva, que sejam opostos embargos, consoante interpretação do art. 20, § 4º, da lei adjetiva civil.

3. A fixação dos honorários na execução, ainda que não embargada, decorre da propositura do processo satisfativo. Em consequência, rege essa sucumbência a lei vigente à data da instauração da execução. Por isso, a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 só pode ser aplicável às execuções iniciadas após a sua vigência.

4. Diverso seria o tratamento se a lei surgisse antes da imputação da sucumbência, hipótese em que se aplicaria literalmente o art. 1.211 do CPC.

5. Destarte, em sede de recurso especial, as questões conhecidas de ofício, não podem ser suscitadas pela vez primeira em razão do requisito constitucional do prequestionamento. *A fortiori*, o direito novo não pode ser invocado na instância especial.

6. O direito superveniente a que se refere o art. 462 do CPC é o direito subjetivo da parte, decorrente de fato, e não o direito objetivo consubstanciado na lei. Este obedece ao cânone da irretroatividade. O direito subjetivo adquirido à percepção da verba de sucumbência é inatingível pela lei nova.

7. O direito novo não pode retroagir para atingir o direito adquirido à percepção da verba da sucumbencial, de acordo com a lei vigente à data da concessão dos honorários.

8. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Ressalvou

o seu ponto de vista o Sr. Ministro José Delgado. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília-DF, 3 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro Luiz Fux, Relator.

Publicado no DJ de 28.10.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra decisão monocrática, de minha relatoria, assim ementada:

“Processual Civil. Honorários advocatícios. Execução de título judicial. Ausência de embargos.

1. “A nova redação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil deixa indubitado o cabimento de honorários de advogado em execução, mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial.” (REsp n. 140.403-RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ de 5.4.1999).

2. Entendimento pacificado nesta Corte Superior de que não se impõe, para fixação de honorários na ação executiva, que sejam opostos embargos, consoante interpretação do art. 20, § 4º, da lei adjetiva civil.

3. Recurso especial provido.”

Alega a Autarquia-agravante que na data em que foi proferida a decisão atacada já estava em vigor a Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que alterou a Lei n. 9.494/1997, estabelecendo a impossibilidade de fixação de honorários advocatícios contra a Fazenda Pública nas execuções não embargadas, devendo, pois, à luz do art. 462 do CPC, ser aplicada a legislação superveniente.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Pretende o Agravante a aplicação à hipótese dos autos da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que prevê, em seu art. 4º, não serem devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas.

A controvérsia é dirimida no ângulo da eficácia da lei processual civil no tempo.

Sob essa ótica, dispõe o Código de Processo Civil, em seu art. 1.211:

“Art. 1.211. Este Código rege o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes.”

Assim, em princípio, a medida provisória **in foco**, por regular matéria estritamente processual, deveria ser aplicada a partir de sua edição, aos feitos em curso, vedada a sua retroatividade que alcance o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Todavia, a fixação dos honorários na execução, ainda que não embargada, decorre da propositura do processo satisfativo. Em consequência, rege essa sucumbência a lei vigente à data da instauração da execução. Por isso, a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 só pode ser aplicável às execuções iniciadas após a sua vigência.

Diverso seria o tratamento se a lei surgisse antes da imputação da sucumbência, hipótese em que se aplicaria literalmente o art. 1.211 do CPC. Destarte, em sede de recursos extraordinário e especial, as questões não podem ser suscitadas pela vez primeira em razão do requisito constitucional do prequestionamento. **A fortiori**, o direito novo não pode ser invocado na instância especial.

O direito superveniente a que se refere o art. 462 do CPC é o direito subjetivo da parte, decorrente de fato, e não o direito objetivo consubstanciado na lei. Este obedece ao cânone da irretroatividade. O direito subjetivo adquirido à percepção da verba de sucumbência é inatingível pela lei nova.

Neste aspecto, eis a lição de **Nelson Nery Júnior** acerca do tema:

“Em sede de RE e REsp, as questões de ordem pública, caso não tenham sido julgadas pelos tribunais inferiores, não se sujeitam ao exame de ofício mencionado no CPC, 267, § 3º, por lhes faltar o requisito

constitucional do prequestionamento (CF, 102, III, e 105, III). O CPC, 267, § 3º, só se aplica às instâncias ordinárias. Neste sentido: JSTF 154/144, 145/56 (incompetência absoluta); RTJ 98/754 (coisa julgada); STJ-RT 665/175 (incompetência absoluta); RTJ 102/775 e 92/1.383 (incompetência absoluta); RSTJ 28/543 (inépcia da petição inicial); STF, Segunda Turma, AgRg no Ag n. 153.595-5-SP, rel. Min. Marco Aurélio, v.u., j. 25.10.1993, DJU de 18.2.1994, p. 1.796 (nulidade do julgado); STJ, Terceira Turma, REsp n. 3.409-AL, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.10.1990, v.u., DJU de 19.11.1990, p. 13.259 (nulidade absoluta). No mesmo sentido: **Nery**, Recursos, 248.” (in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, Ed. RT, 6ª ed., p. 602).

No mesmo sentido, tivemos oportunidade de especular:

“Tendo em vista o caráter excepcional de ambas as figuras recursais, não servem as mesmas para o completo reexame da causa, inaplicando-se a ampla devolutividade preconizada pelo art. 515 do Código de Processo Civil, que representa uma norma de supradireito recursal.

É que a devolutividade desses recursos limita-se à questão federal no ponto onde houve a violação. Esta a **ratio essendi** do entendimento sumular de que: ‘Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário ou especial’ (STF, Súmula n. 279, e STJ, Súmula n. 7). Por outro lado, ‘não pode a parte-recorrente inovar a alegação em grau de recurso especial ou extraordinário, ainda que, ao interpô-los, aponte realmente a afronta à ordem jurídica antes não veiculada, nem oferecer embargos de declaração, para ventilar questão federal não suscitada anteriormente’. É que esse recurso dissipa omissões e o que não foi suscitado não pode ter sido objeto de omissão do julgado.

É o que se denomina ‘prequestionamento’, exigível como requisito de admissibilidade desses recursos, muitas vezes exercido na instância de origem através dos embargos de declaração. A jurisprudência é riquíssima quanto ao tema.” (Curso de Direito Processual Civil, Ed. Forense, 2001, p. 956).

A suposta isenção sucumbencial é direito objetivo novo, e não fato novo. Mas, ainda que assim o fosse, não poderia ser suscitado sem que submetido ao prequestionamento na instância **a quo**.

Ademais, ainda que assim não fosse, o direito novo não pode retroagir para atingir o direito adquirido à percepção da verba sucumbencial, de acordo com a lei vigente à data da concessão dos honorários.

Por esses fundamentos, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.262 – SC

(Registro n. 2001.0067821-4)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Relator p/ acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina
Advogados: Rogério Otávio Ramos e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Impetrado: Juízo de Direito da 2ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões de Florianópolis-SC

EMENTA: Advogado – Direito de entrevistar-se com magistrado – Fixação de horário – Ilegalidade – Lei n. 8.906/1994, art. 7º, VIII.

É nula, por ofender ao art. 7º, VIII, da Lei 8.906/1994, a portaria que estabelece horários de atendimento de advogados pelo juiz.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros os Srs. Ministros José Delgado e Luiz Fux. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 18 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 30.9.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: A Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina impetrou mandado de segurança contra ato do MM. Juiz da 2ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões da Comarca da Capital-SC, que instituiu, através do Edital n. 1/2000, regime de horário de atendimento ao público e aos advogados, estabelecendo: “das 11:00 às 12:00 horas e das 14:00 às 15:00 horas atendimento às partes e advogados”.

A egrégia Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por votação unânime, denegou a segurança, em acórdão que restou assim ementado:

“Mandado de segurança. Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina. Portaria exarada pelo titular de Vara ou Comarca estabelecendo horário de atendimento às partes e advogados. Estrita obediência às normas internas de administração do Judiciário. Intromissão de entidade representativa de classe na administração interna do Poder Judiciário. Inadmissibilidade. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada.

O EOAB, não obstante seja lei federal, não tem o condão de sobrepor-se às normas internas de administração do Poder Judiciário, instando o magistrado à desobediência de ordem legal emanada de autoridade hierarquicamente superior. O ordenamento jurídico nacional não admite a intromissão de entidade representativa de classe na administração dos Poderes do Estado, por ofensa ao estatuído no artigo 99 da CF/1988.” (fl. 33).

Irresignada, a Seccional-impetrante interpôs recurso ordinário constitucional, sobre alegar, em resumo, que tanto a promoção do DD. representante do Ministério Público quanto o próprio acórdão guerreado sustentam premissas manifestamente equivocadas, impondo-se sejam afastadas, na linha de raciocínio assim apresentada, **in verbis**:

“Aliás, não se trata de intromissão da Recorrente na esfera administrativa do Poder Judiciário, mas, da defesa de prerrogativas profissionais conferidas pela Lei n. 8.906/1994 (o EOAB), e que, na prática, não estão sendo obedecidas pela autoridade coatora, que, através de edital, aplicou, distorcidamente, normas editadas pelo egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina (a saber: o CDOJ-SC e o CNCGJ-TJSC), atentando contra a regra do art. 59 do texto constitucional, qual seja, o princípio constitucional da hierarquia das leis.

Ora, enquanto que a Lei n. 8.906/1994 prescreve como direito do advogado dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada, o malsinado ato administrativo, inferior hierarquicamente àquela, impõe condições onde lhe é vedado intervir.

Quanto à segunda, ou seja, a inexistência de ato ilegal praticado pela Autoridade-impetrada, mas, sim, a estrita observância de normas editadas por esfera hierarquicamente superior, ante a não-revogação dos dispositivos do CDOJ-SC e CNCGJ-TJSC pelo EOAB, é evidente que aqueles foram recepcionados por este, porém, com a lógica e inarredável ressalva de que sua aplicação não colida com a nova ordem, o que não é o caso **sub examen**, ante a indisfarçável oposição de comandos.

Aliás, nota-se que a questão central da discussão não é propriamente a norma (o CDOJ-SC ou o CNCGJ-TJSC) em si, ou a sua revogação, ou a sua recepção pela nova ordem estatuída com o advento do EOAB, mas a sua aplicação representada pelo Edital n. 1/2000, firmado pela autoridade coatora.

Isto porque, ao expedir o aludido Edital n. 1/2000, foram aplicados distorcidamente os comandos do CDOJ-SC e CNCGJ-TJSC, normas hierarquicamente inferiores ao EOAB, portanto, incapazes de negar-lhe vigência, afastando direitos reconhecidos aos advogados por lei federal.” (fl. 44).

Postula, ao final, reforma **in totum** do acórdão hostilizado, com a conseqüente concessão da segurança e suspensão dos efeitos do malsinado edital.

Com parecer do Ministério Público Estadual pelo desprovimento do recurso (fls. 53/56), foi determinada a subida dos autos a esta Instância, onde se manifestou a douta Subprocuradoria Geral da República, pondo-se

de acordo com o parecer do órgão do Ministério Público local e com as razões deduzidas no acórdão recorrido (fl. 62).

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): A irresignação recursal, como se verifica, é contra o acórdão que denegou a ordem em mandado de segurança impetrado pela Seccional da OAB em Santa Catarina contra ato de Juiz de Direito, mediante o qual foi estabelecido o horário das 11 às 12 horas e das 14 às 15 horas, reservado ao atendimento das partes e dos advogados.

Insurge-se a Impetrante, ora recorrente, contra tal decisão, por entender, fundamentalmente, que não se trata de intromissão na esfera administrativa do Poder Judiciário, mas da defesa de prerrogativas profissionais asseguradas pela Constituição Federal (arts. 59 e 133), bem como pelo Estatuto da Advocacia e da OAB (arts. 6^a e 7^a, inciso VIII, da Lei n. 8.906/1994).

Não há negar que tanto a Carta Magna quanto o Estatuto da Advocacia e da OAB garantem ampla e merecida proteção ao advogado no pleno exercício da sua atividade profissional, não sendo dado a ninguém desconhecer que “o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável pelos atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (art. 133 da CF).

Do mesmo modo, é sabido e consabido que outros direitos e prerrogativas lhe são asseguradas, a fim de que possa exercer, com liberdade, a profissão, a exemplo da inviolabilidade do local de trabalho, sigilo profissional, comunicação pessoal e reservadamente com seus clientes presos, ingresso livre nas salas de audiências de sessões dos tribunais, repartição judicial ou serviço público e tantos outros, entre os quais está incluído o de “dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada” (art. 7^a, VIII, do EOAB).

Se ao advogado é permitido dirigir-se diretamente ao magistrado, sem que tenha horário marcado, há de se convir que devem ser observadas, evidentemente, determinadas regras de natureza ética e de convívio respeitoso, necessárias e convenientes ao perfeito funcionamento da prestação jurisdicional.

Nesse sentido, e ao atento exame dos elementos de instrução do processo, não me parece que o digno Magistrado subscritor do ato impugnado tenha extrapolado os limites estabelecidos nos princípios constitucionais e legais invocados pela Recorrente. É só ver que, ao estabelecer o horário de atendimento aos advogados, para dar cumprimento ao artigo 418 do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado de Santa Catarina, o MM. Juiz de Direito fez constar do malsinado edital que, “em casos urgentes, os advogados serão atendidos a qualquer tempo”. (fl. 8).

A meu sentir, portanto, andou bem a Câmara julgadora **a quo**, ao reconhecer que não havia nos autos demonstração de ameaça ou lesão de direito líquido e certo da Impetrante, além de não se poder retirar do magistrado “o direito de organizar seu dia de trabalho, delimitando seu horário de expediente, de ordenar o andamento de sua Vara ou Comarca” (fl. 35).

Por fim, cabe destacar, por oportuno, as ponderadas e judiciosas razões oferecidas no parecer do representante do Ministério Público local, neste excerto do seu brilhante parecer:

“Deveras, ao atentarmos para a providência tomada pelo Impe-trado, inferimos que a mesma configura mera obediência à determinação prescrita pelo art. 37 do Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e pelo art. 418 do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado de Santa Catarina. Com efeito, não houve ato ilegal, mas, ao revés, estrito cumprimento de normas às quais está adstrito o magistrado.

De outra banda, é curial que ressaltemos a validade do ato impugnado, no sentido de que permite ao juiz melhor cuidar de seus elevados e prestimosos serviços, vez que este pode se dedicar com maior tranqüilidade e acuidade à prolação de sentenças, decisões interlocutórias e despachos, bem assim à condução de audiências e outros atos processuais igualmente importantes, sem ser constantemente interrompido pela chegada de advogados que, não raro sem ter sido impulsio-nados por fatos que demandem urgência e presteza, o impedem de levar a cabo seu labor.

Insta-nos gizar, de outro vértice, que a delimitação de um horário destinado ao atendimento dos advogados lhes é benéfica, porquanto lhes poupa a infundável e fatigante espera pelo término de audiências e de outras atividades desenvolvidas pelo magistrado e que lhe impedem de dedicar àqueles um quinhão de seu tempo, naquele exato momento.

Com supedâneo no arrazoado, em que pese a inegável e meritória relevância do múnus exercido pela classe representada pela Impetrante, que encontra abrigo na norma ápice de nosso ordenamento jurídico – a qual alçou a figura do advogado ao patamar da indispensabilidade à administração da Justiça –, não nos parece delineado qualquer direito líquido e certo da Impetrante cujo exercício esteja sendo obstado pelo ato inquinado de ilegal.” (fl. 28).

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, **data venia**, é melhor que não haja essa portaria, porque, na verdade, não diz nada.

Recebe-se o advogado a qualquer hora, verificada a urgência.

Dou provimento ao recurso.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.447 – ES

(Registro n. 2002.0016600-9)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrentes: Aucosa Automóveis Colatinense S/A e outro
Advogados: Cristina Fracalossi Barbieri e outros
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado do Espírito Santo
Recorrido: Estado do Espírito Santo
Procuradores: Adriano Frisso Rabelo e outros

EMENTA: Constitucional – Recurso ordinário em mandado de segurança – ICMS – Redução de alíquota – Termo de acordo – Repetição do indébito – Não-utilização da via judicial – Violação ao princípio da isonomia tributária – Art. 150, II, da Constituição Federal – Inexistência – **Error in iudicando** – Ausência – Recurso desprovido.

1. Não ofende o princípio da igualdade tributária (art. 150, II, CF) ato estatal que possibilita a celebração de termo de acordo, concessivo de redução de alíquota de ICMS (17% para 12%), somente às empresas que desistirem de ações judiciais que busquem repetir valores dessa mesma natureza tributária. Por meio do acordo celebrado, o Fisco, tão-somente, tornou disponível a todos os contribuintes, e não apenas a um ou alguns deles, regime alternativo – possivelmente mais benéfico –, de arrecadação daquele imposto, ao qual esses, por ato de livre disposição, optam por aderir ou não.

2. A condição imposta pelo Fisco, no sentido de que as empresas desistam de ações que busquem repetir créditos oriundos daquele mesmo imposto, é exigência que se mostra de todo razoável. Entendimento diverso conduziria à situação de a Fazenda, por um lado, submeter-se à eventual condenação judicial para devolução de valores recolhidos em excesso; de outro, e concomitantemente, conceder expressivo abatimento no valor do imposto a ser cobrado. Assim, a celebração de acordo, dessa forma concretizada, descaracterizaria sua própria natureza, eis que traria benefício para apenas umas das partes, no caso, as contribuintes, enquanto o Estado estaria duplamente obrigado. Neste aspecto, releva observar que o aperfeiçoamento de um pacto pressupõe um ganho recíproco às partes, onde exista entendimento e conformidade de idéias, sendo, pois, natural que a Fazenda e as empresas, se assim entenderem conveniente, transijam, ou não, no que entenderem cabível.

3. Não se tem como caracterizado **error in iudicando** quando a prestação jurisdicional houver sido ofertada de modo preciso, adequado, de forma fundamentada e com irrestrita sujeição aos regramentos legais incidentes. Na espécie, o acórdão recorrido não subverteu qualquer desses parâmetros, embora alguns dos julgadores da Corte a **quo** realmente tenham se equivocado quanto à particularidade fática do caso, pormenor de total irrelevância, visto que em nada alteraria o tratamento jurídico conferido à causa, na medida em que o entendimento pela legalidade do abatimento fiscal concedido pelo Estado repousa na esfera formal de validade daquele ato administrativo, restando claro que a minudência fática indicada no recurso não se erige em causa suficiente para ensejar a substituição do decisório atacado.

4. Inexistência de direito líquido e certo a amparar a pretensão dos recorrentes.

5. Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. 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 Francisco Falcão, Luiz Fux, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 17 de setembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro José Delgado, Relator.

Publicado no DJ de 7.10.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida a espécie de recurso ordinário em mandado de segurança preventivo, interposto por Aucosa – Automóveis Colatinense S/A e outra, com fundamento no artigo 105, inciso II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido, por maioria de votos, pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, assim sumariado:

“Mandado de segurança. Benefícios fiscais. Concessão. Acordo entre Estado e contribuintes. Condições preestabelecidas. Pretensão anulatória posterior. Intento contrário à Justiça. Inviabilidade. Segurança denegada.

Firmado acordo entre o Estado e contribuintes, concedendo aquele benefícios fiscais a estes, com condições preestabelecidas, não pode prosperar, na via judicial, pretensão anulatória posterior, formulada pelos contribuintes já beneficiados, sem que reste caracterizado flagrante intento contrário ao senso de justiça, que em face da inviabilidade enseja a denegação da segurança.” (acórdão de fls. 69/78).

Interpostos embargos declaratórios, não mereceram acolhida, como se vê:

“Processual Civil. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição e obscuridade. Caráter procrastinatório. Jurisprudência consolidada. Improvimento.

1) A presente via recursal cuida de suprir omissão, contradição e obscuridade, e não da obtenção de novo julgamento da causa sob a alegação de erro ou desacerto do julgado.

2) Os embargos de declaração somente podem ter efeito modificativo se a alteração do acórdão é consequência necessária do julgamento que supre a omissão ou expunge a contradição.

3) Embargos declaratórios improvidos.” (embargos de declaração de fls. 97/100).

As Recorrentes, empresas que atuam na comercialização de veículos, peças e acessórios, impetraram mandado de segurança com pedido de liminar contra ato do Sr. Secretário da Fazenda do Estado do Espírito Santo (fls. 3/10). Aduziram que a Fazenda Estadual, mediante a utilização de termo de acordo, com vigência de aproximadamente 60 dias, instituiu alíquota diferenciada (de 12%) para os contribuintes do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS que subscreveram estes instrumentos, enquanto manteve, para as empresas que não aderiram ao sobredito acordo, o percentual de 17%. Alegaram que a participação nesse sistema de tributação mais benéfico é condicionada à desistência de todas as ações que tenham como objeto a repetição de valores referentes ao mencionado imposto, motivo porque não se submeteram a esse ajuste, tendo, ao revés, impetrado o *writ* a fim de que lhes fosse assegurado o direito de beneficiarem-se da alíquota reduzida, sem, contudo, desistirem dos pleitos judiciais que buscassem a restituição de ICMS recolhido a maior.

No juízo originário, indeferida a liminar; o acórdão, por maioria, denegou a segurança.

Neste momento, as Recorrentes apontam como violado o artigo 150, II, da Constituição Federal, por infringência ao princípio da igualdade tributária, vez que empresas em situação semelhante estão sendo submetidas a diferentes regimes fiscais. Sustentam que a condição imposta pela Fazenda obsta o livre acesso ao Judiciário, no que confronta com garantias constitucionais expressamente proclamadas. Aduzem, ainda, que a situação fática foi equivocadamente interpretada pelo Tribunal **a quo**, dado que as Impetrantes não aderiram ao mencionado termo de acordo, mas apenas buscaram o direito de subscrevê-lo sem as restrições impostas pelo Estado, pelo que ocorreu na espécie **error in iudicando**, a contaminar a justiça do julgado.

Mediante a resposta de fls. 223/230, registra a Fazenda, em síntese, inexistir ofensa ao princípio da isonomia tributária, ou a qualquer outro

princípio constitucional, porquanto a participação no regime fiscal atacado é opção disponibilizada ao contribuinte, que decidirá livremente, caso a caso, quanto à conveniência ou não de aderir ao benefício. Assenta que o fato de as Recorrentes terem ou não formalizado o acordo com a Fazenda é irrelevante para a validade da decisão, cujos fundamentos demonstram com suficiência o descabimento do direito pleiteado.

Juízo positivo de admissibilidade à fl. 234.

O Ministério Público Federal, à fl. 238, nos termos da manifestação do *Parquet* Estadual (fls. 55/59), opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Constatando atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, pelo que passo a examiná-lo pelo mérito.

Buscam as Recorrentes a reforma da decisão vergastada sob alegação de infringência ao princípio da igualdade tributária (art. 150, II, CF), vez que a Fazenda Estadual confere tratamento fiscal diverso a contribuintes que estão em situação semelhante, prática que se consubstancia por via de termo de acordo que reduz a alíquota de ICMS de 17% para 12%, concessão somente outorgada às empresas que renunciarem aos pleitos judiciais que tenham como objeto perseguir tributo arrecadado a maior. Referem, ademais, que os fatos levados ao crivo do Tribunal-recorrido foram incorretamente interpretados, evidência que exige pronta reparação do **error in judicando** sucedido naquela Corte.

O cerne do litígio consiste na legalidade do termo de acordo utilizado pelo Fisco Estadual, do qual, para melhor elucidar a questão controversa, transcrevo, **litteris**:

“Cláusula primeira: Nas operações com veículos automotores sujeitos ao regime de substituição tributária de que trata o Convênio ICMS n. 132/1992, de 25.2.1992, remetidos a este Estado e destinados à *Acordante*, fica o contribuinte-remetente, na qualidade do substituto, autorizado a reduzir a base de cálculo do ICMS, retido por substituição, de forma que a carga tributária efetiva resulte num percentual de 12% (doze por cento).

.....

Cláusula quarta: O regime especial ora concedido tem caráter provisório e sua vigência se dará até 31.10.1999, devendo a *Acordante*, no ato da assinatura, apresentar comprovação de desistência de pedidos administrativos de restituição protocolados a partir de 1999, bem como de ações judiciais visando à restituição do imposto pago a maior em operações efetuadas a preços inferiores ao que serviu de base de cálculo para retenção do ICMS, também impetradas a partir de 1999.” (extraído do documento de fls. 11/12, juntado pelas Autoras).

Ao que se verifica, o Estado do Espírito Santo conduziu-se nos limites que lhe assegura a Carta Federal (arts. 155, II, CF, e 34, §§ 3º e 4º, do ADCT), sendo certo que lhe cabe a gerência e administração sobre o ICMS, aí se incluindo a legitimidade para eventual alteração da alíquota do imposto, como é o caso dos autos. Nesse sentido, as informações de fls. 48/51, e a resposta de fls. 222/230, historiam que a redução da alíquota teve como origem o Convênio n. 50/1999 e o Decreto Estadual n. 4.505 – N/99. Aliás, cumpre observar que o presente recurso, em nenhum momento, questiona tal competência, ou mesmo a fundamentação infraconstitucional. Realmente, a irrisignação volta-se de maneira específica contra os termos que estariam violando o princípio da isonomia tributária, assim previsto na Constituição Federal:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”. (CF de 1988).

Também nesse sentido, ausente qualquer vício legal. Isto porque a Fazenda Estadual não conferiu, de nenhuma forma, tratamento diverso a contribuintes em idêntica situação. Com efeito, do exame das cláusulas primeira e quarta do instrumento utilizado pelo Estado (antes transcritas), deduz-se que, tão-somente, disponibilizou-se, a todos os contribuintes, e não apenas a um ou alguns deles, sistema alternativo – possivelmente mais benéfico –,

de arrecadação do ICMS. **In casu**, a redução da alíquota de 17% para 12% configura a própria natureza desse sistema.

É certo, ademais, que a condição imposta pelo Fisco, no sentido de que as empresas desistam de ações que busquem repetir créditos oriundos daquele mesmo imposto, é exigência que se mostra de todo razoável. Realmente, entendimento diverso conduziria à situação de a Fazenda, por um lado, submeter-se à eventual condenação judicial para devolução de valores recolhidos em excesso; de outro, e concomitantemente, conceder expressivo abatimento no valor do imposto a ser cobrado. Assim, a celebração do referido acordo, dessa forma concretizada, descaracterizaria sua própria natureza, eis que traria benefício para apenas umas das partes, no caso, as contribuintes, enquanto o Estado estaria duplamente obrigado. Neste aspecto, releva observar que o aperfeiçoamento de um acordo pressupõe um ganho recíproco às partes, onde exista entendimento e conformidade de idéias, sendo, pois, natural que a Fazenda e as empresas, se assim entenderem conveniente, transijam, ou não, no que entenderem cabível.

Na hipótese dos autos, vê-se concretizada essa exegese na medida em que as empresas contribuintes do ICMS, se entenderem que lhes seja mais favorável, viabilizam ou não o mencionado pacto fiscal com o Estado. Assim, por evidente, esse ajuste não constitui qualquer entrave ao acesso à tutela judicial, antes, preserva a integridade dos atos de livre disposição, com estrita obediência aos basilares princípios de direito inscritos na Lei Maior.

Registre-se, por oportuno, que é de natureza inteiramente disponível o direito que as Recorrentes buscam em ações que tenham como objeto a repetição de indébito fiscal.

É certo, nesse cenário, que o atendimento do pleito vindicado conduz à inaceitável desigualdade de tratamento entre as Empresas-recorrentes e os demais contribuintes que aderiram ao mencionado acordo. Com efeito, concedida a segurança para utilização da alíquota do ICMS em nível de 12%, sem que seja efetivada a desistência das ações em curso, as Autoras seriam guindadas, aí, sim, à inaceitável situação de desigualdade perante os demais obrigados ao recolhimento desse tributo.

A propósito, o voto constante à fl. 78 do acórdão impugnado, de lavra do eminente Desembargador Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, re-trata com fidelidade a **quaestio** controversa:

“... Nenhum contribuinte foi obrigado a requerer esses benefícios e a desistir da ação. Esse é um ato de disposição volitiva absolutamente

livre, ou seja, para se infirmar esse acordo, deveria haver prova de que foi feito com erro, com dolo, com coação, com algum vício, enfim. Essa é uma manifestação de vontade dos contribuintes. Creio que a interpretação diversa é que criaria essa situação de desigualdade, isto é, alguns contribuintes ficariam beneficiados e continuariam com suas ações e os outros, que não requereram o benefício porque queriam continuar com suas ações, não teriam benefício nenhum ...”

Tem-se, assim, que a Fazenda Estatal não incorre em ilegalidade ao condicionar a celebração de termo de acordo, concessivo de abatimento de valores de ICMS, à desistência de ações judiciais que busquem repetir valores dessa mesma natureza tributária.

Paralelamente, discorrendo sobre tema com peculiaridades similares, já manifestou-se esta Corte, em outra oportunidade, tal qual se verifica, **mutatis mutandis**, do seguinte julgado:

“Assim, se o contribuinte, espontaneamente, nos termos da legislação específica (Convênios ICM n. 38/1989 e 46/1989), optou pelo regime da redução da base de cálculo, não pode, posteriormente, valer-se do regime ordinário de compensação, ao argumento de caracterizar-se ferimento ao princípio constitucional da não-cumulatividade, sob pena de incidir em locupletamento sem causa. No acórdão recorrido, restou demonstrado que a legislação estadual vigente não padece de vício algum, sendo regulamentação eficaz do novo sistema tributário implantado pela CF/1988, nele estando contida a proibição para que a apelante aproveite os créditos por entradas tributadas, uma vez que validamente optou pela outra sistemática de apuração do ICMS, ou seja, o da base reduzida. Este Tribunal assim já se manifestou: ‘No caso concreto, há que se referir que o art. 34, I, letra n, do Decreto n. 33.178/1989 (RICMS) estabeleceu para as operações realizadas pela embargante a possibilidade, e tão-somente a possibilidade de valer-se de base reduzida de cálculo do ICMS, regra esta fundada em Convênio n. 38/1989. Este, diga-se novamente, instituído à luz do art. 34, § 8º, do ADCT da CF/1988, portanto, em nível de lei complementar. Mas, para a utilização desta base de cálculo houve a vedação expressa de utilização por parte do interessado, de eventuais créditos. (...) Dentro da sistemática tributário-constitucional, entendo que não houve afronta ao princípio da não-cumulatividade, mas mera disposição sobre aquilo de ser possível ser creditado ou não, frente ao

benefício concedido regularmente à embargante. A opção era sua. Em o fazendo no sentido de suas operações serem obrigadas pela reduzida base de cálculo do tributo, não poderia apropriar--se dos créditos fiscais oriundos de entradas tributadas, mesmo que tal ocorresse somente quanto aos valores considerando a base de cálculo minorada'. (Embargos Infringentes n. 598026748)." (Agravo de Instrumento n. 314.839-RS, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 23.8.2000).

Por final, examino a irresignação recursal no que tange à afirmação de que o aresto atacado padece de substancial **error in iudicando**, uma vez que aquela decisão entendeu que as demandantes haviam assinado termo de acordo com o Fisco e, após consentirem com as disposições nele constantes, valeram-se do Judiciário para invalidá-lo parcialmente, apenas no teor que lhes era desfavorável.

Não merece guarida o reclamo. A oferta da prestação jurisdicional objetiva solucionar a lide de maneira precisa e adequada, com a possível celeridade, e sempre de forma fundamentada, com irrestrita sujeição aos regramentos legais incidentes. O acórdão recorrido não subverteu qualquer desses parâmetros. Embora alguns dos julgadores da Corte **a quo** realmente tenham se equivocado ao entenderem que as Autoras haviam subscrito o ajuste com a Fazenda, é de se notar que esse pormenor é de total irrelevância, visto que em nada altera o tratamento jurídico conferido à causa. Realmente, o entendimento quanto à legalidade do abatimento fiscal concedido pelo Estado, reconhecido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo, repousa na esfera formal de validade daquele ato administrativo, restando claro que a particularidade fática indicada no recurso não se erige em causa suficiente para ensejar a substituição do decisório atacado, pelo que entendo inexistente o apontado **error in iudicando**.

Assim, ante todo o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 238.976 – SP

(Registro n. 1999.0104959-8)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Recorrente: Município de São Paulo

Procurador: Sérgio Luís da Costa Paiva
Recorridos: Lourival da Cruz Mendonça e cônjuge
Advogados: Sueli Jacondino de Oliveira e outros

EMENTA: Ação de reintegração na posse – Bem de uso comum do povo – Cabimento de indenização – Artigos 159, 503, 513 e 1.059 do Código Civil.

1. Não possuindo valor econômico bem em que foi reintegrado o Município, inexistente o efetivo prejuízo material, não há direito à indenização pretendida.

2. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. 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, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator, que compareceu à sessão para julgar processos a que está vinculado.

Brasília-DF, 5 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 1.7.2002.

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 1^a Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, assim sumariado:

“Possessória. Reintegração de posse. Bem público. Existência de perícia em que se concluiu que o alinhamento do imóvel dos Réus avançou sobre o passeio, reduzindo a área da praça de manobras.

Inadmissibilidade. Impossibilidade de receber proteção possessória postulada por ocupante particular. Procedência da ação possessória movida pela Municipalidade.

Possessória. Reintegração de posse. Bem público. Hipótese em que os Réus não agiram de boa-fé, na medida em que construíram sobre área pública e não podiam ignorar o vício de sua posse. Impossibilidade de retenção do imóvel. Aplicabilidade do art. 517 do Código Civil.

Possessória. Indenização pretendida pela Municipalidade. Inviabilidade. Falta de zelo com a coisa pública não pode gerar pretensão de ressarcimento ao Poder Público, sob pena de desídia com a guarda dos bens de uso comum transformar-se em investimento. Recurso dos Réus provido em parte para o cancelamento da verba indenizatória.

Assistência judiciária. Sucumbência. Réus, embora beneficiários da assistência judiciária gratuita, estão obrigados ao pagamento dos honorários advocatícios, pagamento de custas e despesas processuais. Exigibilidade dessas verbas ficará condicionada à possibilidade dos Réus poderem satisfazê-las sem o prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Inteligência do art. 12 da Lei n. 1.060/1950. Recurso da Autora provido para esse fim.” (fl. 264).

O Município de São Paulo sustentou ter ocorrido contrariedade aos artigos 159, 503, 513 e 1.059 do Código Civil. Afirmou que devida a indenização pela ocupação de área pública, uma vez que foi ela utilizada pelos Réus, que com ela auferiram vantagem. Observaram que os prejuízos indenderiam de prova e que foram tomadas todas as providências administrativas para a desocupação voluntária. Apontou dissídio com aresto desta Corte.

Contra-razões às fls. 301/313.

Negado seguimento ao recurso, interpôs-se agravo de instrumento, a que dei provimento, determinando a subida dos autos principais para melhor exame da questão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): A questão jurídico-litigiosa posta em comento diz com a existência de direito à indenização, em

decorrência de ação de reintegração na posse, não admitido pelo Tribunal de origem, ficando o aresto assim ementado:

“Possessória. Reintegração de posse. Bem público. Existência de perícia em que se concluiu que o alinhamento do imóvel dos Réus avançou sobre o passeio, reduzindo a área da praça de manobras. Inadmissibilidade. Impossibilidade de receber proteção possessória postulada por ocupante particular. Procedência da ação possessória movida pela Municipalidade.

Possessória. Reintegração de posse. Bem público. Hipótese em que os Réus não agiram de boa-fé, na medida em que construíram sobre área pública e não podiam ignorar o vício de sua posse. Impossibilidade de retenção do imóvel. Aplicabilidade do art. 517 do Código Civil.

Possessória. Indenização pretendida pela Municipalidade. Inviabilidade. Falta de zelo com a coisa pública não pode gerar pretensão de ressarcimento ao Poder Público, sob pena de desídia com a guarda dos bens de uso comum transformar-se em investimento. Recurso dos Réus provido em parte para o cancelamento da verba indenizatória.

Assistência judiciária. Sucumbência. Réus, embora beneficiários da assistência judiciária gratuita, estão obrigados ao pagamento dos honorários advocatícios, pagamento de custas e despesas processuais. Exigibilidade dessas verbas ficará condicionada à possibilidade dos Réus poderem satisfazê-las sem o prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Inteligência do art. 12 da Lei n. 1.060/1950. Recurso da Autora provido para esse fim.” (fl. 264).

O Município de São Paulo, com arrimo nos artigos 159, 503, 513 e 1.059 do Código Civil, sustenta seu direito à indenização em razão da ocupação do imóvel. Apontou, ainda, dissídio com o Ag n. 3.318-SP, de lavra do Ministro Gueiros Leite.

Aberto o pórtico para o conhecimento do recurso (art. 105, III, a e c, CF), mister sejam ressaltadas as razões que levaram a Corte Estadual a não acolher a pretensão do Autor:

“Todavia, a indenização concedida à Autora pelo período em que os Réus ocuparam o imóvel não pode persistir, pela falta de zelo com

a coisa pública, omissão essa que não poderia gerar-lhe qualquer pretensão a ressarcimento, porque, se assim não fosse, a desídia com a guarda dos bens de uso comum seria um investimento, quando a obrigação do Poder Público é outra, e oposta. Além disso, se inexistente expressão econômica relativamente ao imóvel, não há igualmente prejuízo experimentado para justificar a reparação pecuniária concedida pelo julgado de 1^a grau.” (fls. 267/268).

Do excerto transcrito, percebe-se que um dos fundamentos deduzidos para negar o direito à indenização é o fato de a área ocupada não possuir valor econômico, conclusão não infirmada pelo Recorrente, que sustenta sua pretensão, argumentando que o simples fato do esbulho implicaria o dever de pagar perdas e danos.

Afasta-se, desde logo, a indenização prevista no artigo 513 do Código Civil, pois não se trata de pedido relativo a frutos percebidos ou percipiendos.

Reza o artigo 503 do Código Civil, por sua vez, que “o possuidor mantido, ou reintegrado, na posse, tem direito à indenização dos prejuízos sofridos”. Já o artigo 1.059 dispõe que “as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”, ou seja, prevê os danos emergentes e os lucros cessantes.

As expressões contidas nas normas mencionadas – “prejuízos sofridos”, “efetivamente perdeu”, “deixou de lucrar” – traduzem a idéia de um prejuízo concreto, palpável, decorrente da ação ilícita do devedor, o que afasta a alegação de que a indenização seria devida pelo simples fato do esbulho.

Essa a orientação que vem sendo adotada na Segunda Seção. Confira-se:

“Compra e venda de lotes (nulidade). Escritura (falsificação de assinaturas).

1. Direito à indenização de benfeitorias, ou acessões. Ao entender que os réus ‘careciam de boa-fé’ e, portanto, não tinham o direito declarado, fê-lo o acórdão segundo amplo exame dos fatos da causa, daí a inviabilidade, em tal ponto, do especial, a teor da Súmula n. 7.

2. Prejuízos sofridos (indenização). O possuidor reintegrado na posse tem direito à indenização, desde que tenha sofrido algum prejuízo. À mingua de prova do alegado prejuízo, não lhe cabe indenização. Caso em que se não fez prova do fato constitutivo do direito reclamado.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.” (REsp n. 164.461-SP, rel. Min. Nilson Naves, **in** DJU de 16.9.1999).

“Ação possessória. Indenização.

Não ofende os artigos 503, 159 e 1.059 do Código Civil a decisão que nega direito à indenização, por haver reconhecido que do esbulho nenhum dano resultou para o possuidor.” (REsp n. 154.903-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, **in** DJU de 15.5.2000).

“Ação possessória. Reintegração, no caso de esbulho.

1. É lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de condenação em perdas e danos (CPC, art. 921, I).

2. A expressão perdas e danos compreende todos os prejuízos, inclusive os que a própria coisa tenha sofrido (CCv, art. 515).

3. Em execução, não se discute de novo a lide. Autoridade da coisa julgada.

4. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 2.845-RS, rel. Min. Nilson Naves, **in** DJU de 25.6.1990).

No caso em apreço, a área em questão integraria praça de manobras ao final de rua sem saída, utilizada pelos Réus para ampliar seu imóvel residencial.

Nessa circunstância, não vislumbro prejuízos causados ao Município, pois não seria possível alugar o bem ou dá-lo em concessão ou permissão de uso. Nenhum proveito econômico auferiria o Recorrente. E, sem que se possa demonstrar efetivo prejuízo material, inviável mostra-se a indenização, razão pela qual não vislumbro ofensa a qualquer dos dispositivos invocados.

Confluyente o exposto, *voto negando provimento ao recurso.*

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 244.972 – DF

(Registro n. 2000.0002625-5)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Recorrentes: Adiair Elizabete Mathias e outros

Advogados: Francisca Coelho de Rose e outros
Recorrida: Fazenda Nacional
Procuradores: Alexandre Maffra Monteiro e outros

EMENTA: Tributário e Processual Civil – Imposto de Renda – Verbas indenizatórias – Retenção na fonte – Compensação – Ônus da prova.

1. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do Imposto de Renda incidente sobre verbas indenizatórias, e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do Imposto de Renda Retido na Fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos (art. 333, I e II, CPC).

2. Precedentes jurisprudenciais iterativos.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. 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, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 12 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 25.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: O colendo Tribunal Regional Federal da 1ª Região assentou o entendimento, cristalizado na seguinte ementa:

“Processual Civil e Tributário. Imposto de Renda na Fonte. Verbas indenizatórias. Ação de repetição de indébito. Exigência de prova de que não houve compensação com o imposto apurado na declaração.

1. O Imposto de Renda incidente na fonte constitui antecipação daquele a ser apurado na declaração.

2. Logo, para se pleitear a sua restituição, indispensável a prova de que não houve compensação do valor retido na fonte com aquele apurado na declaração.

3. Por se tratar de fato constitutivo do direito alegado, o ônus da prova é da parte-autora, não da União Federal.

4. Remessa provida, para julgar-se improcedente o pedido, prejudicado o exame das apelações.” (fl. 263).

Os embargos de declaração interpostos foram julgados nos termos da ementa a seguir:

“Processual Civil. Embargos de declaração. Ausência de qualquer dos requisitos do art. 535 do Código de Processo Civil. Rejeição.

1. Inexistindo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade, incabíveis os embargos de declaração contra ele manifestados, os quais não constituem via idônea, exceto em casos excepcionais, a novo julgamento da causa.

2. Embargos rejeitados.” (fl. 280).

Com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, foi interposto recurso especial, à razão de incorreta aplicação do art. 333 do Código de Processo Civil, com relação à exigência de prova de que não houve compensação com o imposto apurado na declaração, além de dissídio jurisprudencial.

As contra-razões foram apresentadas às fls. 288/296.

Ao admitir a via especial, o ínclito Presidente do Tribunal **a quo** observou:

“Alega a parte-recorrente que o acórdão impugnado contrariou o artigo 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil, pois fez prova de que houve retenção indevida na fonte de Imposto de Renda sobre verbas indenizatórias, suficiente ao reconhecimento judicial de seu direito.

Em que pese a fundamentação do acórdão recorrido, e sem olvidar, contudo, algumas deficiências que podem ser invocadas para eivar

o recurso apresentado, que não impedem a compreensão da polêmica, penso que o recurso reúne condições de prosperar, em face da plausibilidade jurídica da tese nele exposta.

Com efeito, matéria abordada na petição recursal foi, efetivamente, debatida e julgada no Colegiado **a quo** e, embora este não tenha feito menção expressa aos dispositivos legais invocados pelo(s) Recorrente(s), a pretensão em tela encontra guarida no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça, como se pode depreender, **mutatis mutandis**, da ementa a seguir transcrita:

‘Tributário. Adicional do Imposto de Renda. Retenção na fonte. Prova para os efeitos da repetição de indébito.

O contribuinte que sofre, na fonte, retenção indevida do adicional de Imposto de Renda não precisa comprovar que o responsável tributário recolheu o respectivo montante ao Erário; só lhe pode ser exigida a prova da retenção, que não carece de forma especial e é fornecida pelo próprio responsável tributário. Recurso especial conhecido e provido.’ (REsp n. 91.669-SP, rel. Min. Ari Pargendler, DJ/I de 6.4.1998, p. 78).” (fl. 298).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): O despique revela questão algemada à exigência da prova de que não houve compensação do valor retido na fonte, a título de imposto de renda, com aquele apurado na declaração, contraditando vv. acórdãos assim sumariados:

“Processual Civil e Tributário. Imposto de Renda na Fonte. Verbas indenizatórias. Ação de repetição de indébito. Exigência de prova de que não houve compensação com o imposto apurado na declaração.

1. O Imposto de Renda incidente na fonte constitui antecipação daquele a ser apurado na declaração.

2. Logo, para se pleitear a sua restituição, indispensável a prova de que não houve compensação do valor retido na fonte com aquele apurado na declaração.

3. Por se tratar de fato constitutivo do direito alegado, o ônus da prova é da parte-autora, não da União Federal.

4. Remessa provida, para julgar-se improcedente o pedido, prejudicado o exame das apelações.” (fl. 263).

“Processual Civil. Embargos de declaração. Ausência de qualquer dos requisitos do art. 535 do Código de Processo Civil. Rejeição.

1. Inexistindo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade, incabíveis os embargos de declaração contra ele manifestados, os quais não constituem via idônea, exceto em casos excepcionais, a novo julgamento da causa.

2. Embargos rejeitados.” (fl. 280).

Seguiu-se a irresignação na via especial, agitando, além de dissídio jurisprudencial, que “eventual compensação na declaração de ajuste representa, nos termos do art. 333, II, da carta adjetiva civil, fator extintivo do direito do Autor, cabendo à ré, União, comprová-la. O que não se admite é que, não o fazendo a Ré, no momento oportuno da contestação, nem mesmo na apelação ou contra-razões à apelação dos Autores, possa o juiz, de ofício, suscitar essa questão”.

Definido o **facies**, espiam-se questões postas em recursos anteriormente examinados pelas Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal, com fundamentação espelhada no seguinte resumo:

“Processual Civil e Tributário. Repetição de indébito. Imposto de Renda. Incidência sobre verbas indenizatórias. Exigência de comprovação da não-ocorrência de compensação do valor indevidamente recolhido com o imposto apurado na declaração. Artigo 333 do Código de Processo Civil. Fato extintivo do direito do Autor. Recurso especial provido.

1. Nas ações de repetição de indébito em que se visa receber os valores indevidamente recolhidos por incidência do Imposto de Renda retido na fonte sobre parcelas indenizatórias, a comprovação de que não houve compensação com o imposto apurado na declaração configura fato extintivo do direito do Autor, cabendo à Fazenda Nacional o ônus de sua prova, nos termos do artigo 333, II, do Código de Processo Civil.

2. Recurso especial provido para que, anulando-se o acórdão recorrido, outro seja prolatado, desta vez, com apreciação do mérito.” (REsp n. 217.383, rel. Min. José Delgado, in DJU de 6.12.1999).

“Tributário e Processual. IRPF. Repetição de indébito. Verbas indenizatórias. Retenção na fonte. Compensação. Ônus da prova. Precedente.

1. Na repetição do Imposto de Renda indevido, o contribuinte que sofreu o desconto deve, apenas, comprovar a retenção na fonte, não lhe incumbindo a prova de eventual compensação, na declaração de ajuste do referido tributo.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 221.428, rel. Min. Peçanha Martins, *in* DJU de 6.11.2000).

“Tributário e Processual. IRPF. Repetição de indébito. Verbas indenizatórias. Retenção na fonte. Compensação. Ônus da prova. Precedente.

1. Na repetição do Imposto de Renda indevido, o contribuinte que sofreu o desconto deve, apenas, comprovar a retenção na fonte, não lhe incumbindo a prova de eventual compensação, na declaração de ajuste do referido tributo.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 244.927, rel. Min. Franciulli Netto, *in* DJU de 2.10.2000).

“Tributário e Processual Civil. Imposto de Renda. Verbas indenizatórias. Férias e licença-prêmio. Não-incidência. Compensação. Ajuste anual. Ônus da prova.

O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do Imposto de Renda Retido na Fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos.

Recurso provido.” (REsp n. 229.118-DF, rel. Min. Garcia Vieira, *in* DJU de 7.2.2000).

Por essa linha de pensar, reavivada e incorporada a fundamentação dos precedentes comemorados como fonte do convencimento, voto provendo o recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 282.735 – DF

(Registro n. 2000.0105412-0)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Distrito Federal
Procuradores: Renata Barbosa Fontes e outros
Recorrida: Company Propaganda Ltda

EMENTA: Processual Civil – Execução fiscal – Débito não inscrito na dívida ativa – Execução comum.

– O processo executivo fiscal foi criado para otimizar a realização da dívida ativa, proporcionando um procedimento rápido, seguro e eficaz para a Fazenda Pública, bem como para o contribuinte, o qual também foi contemplado com instrumentos protetórios que possibilitem a defesa imanente ao devido processo legal.

– O rito especial consignado na Lei n. 6.830/1980 deve ser utilizado para cobrança de débitos regularmente inscritos na dívida ativa da Fazenda Pública.

– Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros acompanhando o Relator, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 8 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Francisco Falcão, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pelo Distrito Federal, com fundamento no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, contra acórdão que entendeu pela impossibilidade de utilização do rito extraordinário indicado na Lei n. 6.830/1980, para os créditos, pertencente à pessoa de direito público, que não foram inscritos como dívida ativa.

Invoca o Tribunal **a quo** a cláusula n. 9 do contrato de que resultou o crédito para a União, **verbis**:

“Dos débitos para com o Distrito Federal.

Os débitos para com o Distrito Federal que decorrerem do ajuste serão inscritos em dívida ativa e cobrados mediante execução, na forma da legislação vigente.”

O Recorrente alega infringência aos artigos 585, II, do CPC, e 2^a e 3^a da Lei n. 6.830/1980, além de divergência pretoriana.

Assevera que o título em questão, por ser termo de autorização de uso e documento público, enquadra-se como título executivo previsto no art. 585 do CPC, podendo ser utilizado o rito da Lei n. 6.830/1980, independentemente de inscrição prévia na dívida ativa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): O Recorrente pretende imprimir o rito especial constante da Lei n. 6.830/1980, para cobrar débito oriundo de contrato firmado com a Recorrida para utilização de área pública.

Na instância ordinária, bem como no Tribunal **a quo**, ouve pronunciamento no sentido da impossibilidade de utilização do rito especial em face da necessidade da inscrição do débito na dívida ativa, para viabilizar a cobrança através de execução fiscal.

O Recorrente afirma que a dívida decorrente da utilização de área pública caracteriza-se como tributo, podendo ser cobrado através de execução fiscal, independentemente da inscrição da dívida.

Entendo que não merece razão o Recorrente. Senão, vejamos.

A Lei de Execuções Fiscais, logo no seu artigo 1º, consagra que a execução fiscal é utilizada para cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias.

Neste primeiro regramento, fica explicitado que o rito especial ali consignado deve ser utilizado para cobrança de dívidas regularmente inscritas na dívida ativa da Fazenda Pública.

Já em seu artigo 2º, a Lei n. 6.830/1980 dispõe que a dívida ativa das entidades acima citadas pode ser tributária ou não-tributária. Nesse contexto, o fundamento do Recorrente, de que a dívida a ser cobrada é decorrente de tributo, não é suficiente para mitigar a necessidade da inscrição na dívida.

O processo executivo fiscal foi criado para otimizar a realização da dívida ativa, proporcionando um procedimento rápido, seguro e eficaz para a Fazenda Pública, bem como para o contribuinte, o qual também foi contemplado com instrumentos protetórios que possibilitem a defesa imanente ao devido processo legal.

Oportuno frisar que o registro legalmente realizado tem presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, ou seja, mesmo sem a anuência do devedor, quanto à existência da obrigação, faz-se o débito apto à cobrança. Assim é feito porque é necessário um conjunto de requisitos legalmente indicados para possibilitar tal arrecadação, alinhando-se dentre eles a inscrição na dívida ativa, disciplinada, especificamente, pelos §§ 3º, 4º, 5º, 6º e 7º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

Nesse panorama, inviável o aproveitamento do executivo fiscal para a dívida em comento, devendo esta ser cobrada através do procedimento comum previsto para as execuções em geral.

Acrescente-se para o caso em apreço que o próprio contrato de utilização de área pública condicionou a cobrança mediante execução após a inscrição na dívida ativa (fl. 14).

Sobre o assunto, destaco o seguinte julgado, **verbis**:

“Execução fiscal. Acórdão recorrido que proclamou sua impossibilidade com base em dispositivo constitucional. Inviabilidade do recurso especial quanto ao ponto. Conversão em execução comum. Admissibilidade quando o título executivo – outro que não a certidão de dívida ativa – encontra-se nos autos, sendo mesmo mencionado na

inicial.” (REsp n. 33.612-RS, relator Ministro Waldemar Zveiter, DJU de 7.2.1994, p. 1.173).

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

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Francisco Falcão, com a observação de que mesmo a dívida não oriunda de tributo pode ser cobrada por meio da execução fiscal, desde que ela esteja regularmente inscrita em dívida ativa. Todos sabemos que a inscrição em dívida ativa é necessária porque ela resulta de um procedimento em que há o devido processo legal e com um princípio de contraditório. A partir desse contraditório é que o título ganha liquidez e, uma vez inscrito, é apto a instruir um processo de execução.

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 330.189 – PR

(Registro n. 2001.0064972-7)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Estado do Paraná
Procuradores: Márcia Dieguez Leuzinger e outro
Recorrentes: Antônio Borgheti Lemos e outros
Advogado: Osmar Margarido dos Santos
Recorridos: Os mesmos

EMENTA: Civil – Administrativo e Processual Civil – Ação de indenização – Ressarcimento por ilícito administrativo – Perdas e danos – Lucros cessantes – Desapossamento de área em virtude de desapropriação por interesse social – Prescrição – Inocorrência – Juros moratórios – Aplicação da Súmula n. 54-STJ – Sucumbência recíproca – Compensação dos honorários – Pretensão de mais ampla

e justa indenização – Recurso especial e adesivo – Conhecimento parcial e improvimento do primeiro e não-conhecimento do adesivo.

I – Se a apreciação da ocorrência do termo inicial da prescrição é feita pelo Tribunal **a quo**, tendo em vista os elementos fáticos e probatórios de instrução do processo, não cabe o reexame desta matéria em sede de recurso especial (Súmula n. 7-STJ).

II – Não cabe conhecer do recurso especial interposto contra decisão que, embasada em jurisprudência sumulada do STJ, não versou sobre os dispositivos legais indicados como malferidos.

III – Não fere o disposto no art. 21 e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil, o acórdão que, mantendo decisão de 1º grau, reconhece inexistir condenação dos autores em verba honorária por haver sucumbência recíproca, e determina a compensação dos honorários advocatícios, na forma prevista no referido dispositivo da lei processual civil, tendo em vista que ambas as partes decaíram dos pedidos e cada uma deve arcar com o seu ônus.

IV – Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido, e o adesivo não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso do Estado do Paraná e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, e não conhecer do recurso adesivo, 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, 7 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 25.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Nos autos de ação de indenização movida por Antônio Borgheti Lemos e outros contra o Estado do Paraná,

julgada parcialmente procedente, em sede de apelação cível e reexame necessário, a egrégia Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná negou provimento a ambos os recursos interpostos e manteve a sentença de 1ª instância em grau de remessa **ex officio**, consoante acórdão que restou assim sumariado:

“Indenização. Perdas e danos. Lucros cessantes e valor da reserva florestal. Descabimento. Ausência de comprovação. Ato ilícito. Venda a **non domino**. Responsabilidade do Estado do Paraná. Autores desapossados de sua área em virtude de desapropriação por interesse social. Terras pertencentes à União. Prescrição. Inocorrência. Sucumbência recíproca. Compensação dos honorários advocatícios. Irresignação do Réu. Alegação de direito autônomo do advogado (Lei n. 8.906/1994). Inaplicabilidade em face do disposto no artigo 21 do CPC. Sentença mantida. Recursos improvidos.”

Opostos embargos de declaração pelo Estado do Paraná, foram rejeitados, contudo, por inocorrência de omissão (fl. 573).

Irresignado, o Estado-vencido interpôs recurso especial, fundado na letra **a** do permissivo constitucional, sob a alegação de que o acórdão recorrido veio a violar o art. 1º do Decreto n. 20.910/1932; artigos 962, 1.056, 1.107 e 1.536, § 2º, todos do Código Civil, e art. 21, **caput**, do Código de Processo Civil, além de divergir de julgados de outros tribunais (fls. 581/603).

De sua vez, Antônio Borgheti Lemos e outros manifestaram recurso adesivo, com arrimo nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, ao fundamento basilar de que o aresto recorrido negou vigência ao art. 107 da Constituição Federal de 1969, e art. 37, § 6º, da Constituição Federal vigente, além de dissentir de julgados de outros tribunais (fls. 639/664).

Foram apresentadas contra-razões por ambas as partes-recorridas (fls. 629/637 e 708/715).

Admitido o recurso do Paraná, na origem (fls. 726/737), e o adesivo, por força do provimento a agravo de instrumento, subiram os autos a esta Instância, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, cuida-se, conforme brevemente relatado, de um recurso especial interposto pelo Estado

do Paraná, com fundamento na letra **a** do permissivo constitucional, e outro adesivo manifestado por Antônio Borgheti Lemos e outros, com arrimo nas alíneas **a** e **c**, ambos contra acórdão proferido pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que manteve decisão de 1ª instância que julgou parcialmente ação de indenização ajuizada contra o referido Estado, visando à obtenção do ressarcimento pelo cometimento de ilícito administrativo.

No primeiro destes recursos, o Estado-recorrente postula a reforma da decisão recorrida e, conseqüentemente, o acolhimento de sua pretensão, no sentido de que: a) seja decretada a prescrição da ação, porquanto restou negada vigência ao art. 1º do Decreto n. 20.910/1932; b) alterado o termo **a quo** da contagem dos juros moratórios, em razão de terem sido violados os arts. 962, 1.056, 1.107 e 1.536, § 2º, todos do Código Civil; c) modificado o critério estabelecido para a fixação dos honorários advocatícios, para ajustá-lo ao disposto no **caput** do art. 21 do Código de Processo Civil, uma vez que este dispositivo legal foi vulnerado pelo aresto recorrido.

No que diz respeito aos dois questionamentos levantados inicialmente, não vejo como possa conhecer do recurso sob tais aspectos.

É que a egrégia Câmara julgadora **a quo**, para alegar à conclusão de que, no caso, não ocorreu o lapso prescricional de cinco anos, conforme pretende a Recorrente, fez a análise de elementos fáticos e de natureza probatória, sobre os quais não cabe reexame, como é cediço, em sede de recurso especial (Súmula n. 7-STJ).

Assim, a eminente relatora do feito ressalta logo no início do voto-condutor que, compulsando os autos, constatou-se que a aludida inércia dos titulares do direito incorreu, “muito pelo contrário, pois a partir do momento que tiveram conhecimento da titulação indevida do Réu procuraram abrigo judiciário para pleitear a justa indenização pelo ilícito sofrido”. E arremata, com estes fundamentos, **in verbis**:

“Verificou-se que pelo Decreto n. 75.280/1975 a área então pertencente aos Autores foi declarada de interesse social para fins de desapropriação pela União Federal, e, logo em seguida, o Incra ajuizou a ação expropriatória, sendo imitado na posse. Habilitando-se para o recebimento da indenização, tal direito foi-lhes negado, posto que as terras pertenciam, efetivamente, à União, tendo o Réu as vendido indevidamente. Contudo, os Autores não mantiveram-se inertes. Denunciaram

o Estado do Paraná, não obstante ao ser julgado aquele feito entendeu-se pelo descabimento da referida integração. Foi interposto recurso da aludida decisão, entretanto, a mesma foi mantida em data de 3.6.1987, a qual transitou em julgado. Por conseguinte, não ocorreu o lapso prescricional de cinco anos, já que a presente ação foi intentada em 20.2.1992.

Deve-se esclarecer que a alegação dos Réus-apelantes, já abordando a sua tese, de que os referidos títulos foram cancelados em 1961, corroborada pelos testemunhos de Néelson de Oliveira Coelho Filho (fl. 381) e Antônio Batista Lopes (fl. 382), de que os Autores tinham conhecimento da pretensa invalidação, não possui o condão de erigir a prescrição, haja vista que, consoante certidão constante no documento de fl. 37, noticiou-se o cancelamento da Transcrição n. 5.109, na qual figura como adquirente Nilson da Silva Ramos, em ação promovida pela Companhia de Aviação e Comércio do Estado do Paraná. Contudo, em julgamento por este Tribunal foi restabelecida dita transcrição.” (fls. 549/550).

Considere-se, ainda, que as razões deduzidas pelo Recorrente para demonstrar a ocorrência da prescrição, conforme se vê à fls. 585/587, relacionam-se com o exame de matéria probatória.

Já em relação ao segundo tema versado nas razões recursais, do mesmo modo, não cabe conhecer do recurso, eis que os dispositivos legais apontados como malferidos não foram versados na decisão hostilizada, ausente, portanto, o indispensável prequestionamento viabilizador do acesso à via excepcional. Esta falta não passou despercebida, aliás, pelo próprio Recorrente, que assevera, textualmente:

“O correto enfrentamento da questão referente à fixação do prazo de incidência dos juros moratórios dependeria da análise da natureza da responsabilidade civil em discussão, se contratual ou extracontratual, análise esta que não ocorreu nem no acórdão que julgou a apelação, nem no acórdão que julgou os embargos de declaração.” (fl. 590).

Ainda que assim não fosse, a pretensão recursal não haveria de prosperar, porquanto o Tribunal local decidiu a questão em base na jurisprudência sumulada deste Tribunal, conforme se vê em todo o teor da sua fundamentação, **in expressis**:

“Quanto aos juros moratórios, também correta a posição do magistrado singular. Trata-se de matéria sumulada que não admite discussão. O Superior Tribunal de Justiça, ao editar a Súmula n. 54, preceituou: ‘Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual’.

Do mesmo modo, o próprio Código Civil, no artigo 962, preconiza: ‘Nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrar’.

Demonstra-se, indubitavelmente, ausente de amparo legal a pretensão do Réu-apelante.” (fl. 554).

Por último, no que concerne aos honorários advocatícios, conhecimento do recurso, porque prequestionado o dispositivo legal apontado como malferido. A pretensão recursal não merece, contudo, acolhida.

Na verdade, o acórdão recorrido, ao manter a sentença de 1ª grau, reconheceu inexistir condenação dos Autores ao pagamento de honorários e determinou a compensação dos honorários advocatícios, na forma do art. 21 do Código de Processo Civil, tendo em vista que ambas as partes decaíram de seus pedidos, devendo cada qual arcar com o seu ônus (fls. 554/556).

Em que pesem as alentadas razões, deduzidas na petição recursal, tirando a ilação dos elementos de instrução do processo, no sentido de que os autores da ação pretendiam obter a condenação do Estado do Paraná em valor indenizatório superior a quarenta e seis milhões de reais, obtendo uma indenização de valor extremamente superior (cento e trinta e três mil, trezentos e oitenta e oito reais e vinte e cinco centavos), tal dedução não conduz à assertiva de que devem ser os ora recorridos condenados à verba honorária de 20% sobre a diferença entre o que pediram e o que obtiveram na decisão final. Mesmo porque não restou demonstrado onde se encontra formulado este pedido dos ora recorridos, em relação ao qual deverá incidir o elevado percentual da condenação em honorários advocatícios.

O Tribunal local aplicou o art. 21 do Código de Processo Civil de forma correta, portanto, não havendo desafeiçoamento a tal dispositivo e seu parágrafo único. Demais disso, dadas as peculiaridades do caso, os acórdãos paradigmáticos, trazidos à colação para configurar o dissídio pretoriano, não se prestam ao confronto entre os julgados.

Com estas primeiras considerações, conheço parcialmente do recurso do Estado do Paraná, mas lhe nego provimento.

Já o recurso adesivo não cabe ser conhecido, seja porque é inadmissível o exame de recurso especial que aponta como violados dispositivos constitucionais (no caso, arts. 37, § 6º, da Constituição Federal vigente, e 107 da Carta Magna de 1969), seja porque, em relação ao pretense dissídio jurisprudencial, limitaram-se os Recorrentes a transcrever acórdãos paradigmas, sem fazer, contudo, a indispensável demonstração analítica da alegada divergência entre os julgados confrontados.

Não conheço, portanto, do recurso adesivo.

RECURSO ESPECIAL N. 341.417 – DF

(Registro n. 2001.0100424-3)

Relator: Ministro Garcia Vieira

Recorrente: Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior – Andes – Sindicato Nacional

Advogados: Paula Frassinetti Viana Atta e outros

Recorridos: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Educação e Cultura – CNTEEC e outros

Advogados: Paulina da Silva e outros

Sustentação oral: Cláudio Santos (pela recorrente) e Antônio Augusto César (Subprocurador-Geral da República)

EMENTA: Processual Civil – Ação ordinária anulatória – Reconvenção – Extinção do processo por perda do objeto – Apelação do reconvincente – Provimento – Determinação de novo julgamento de ambas as ações (a principal e a reconvenção) – Alegativa de julgamento **ultra petita** – Ofensa à coisa julgada e **reformatio in pejus** – Procedência.

I – A regra geral, a teor do disposto no artigo 318 do CPC, é a de que a ação e a reconvenção devem ser julgadas na mesma sentença. Julgada extinta a primeira, contudo, nada obsta que prossiga a segunda, porquanto subsiste a relação processual, com o conteúdo de ação, do reconvincente contra o autor.

II – Se da decisão que julgou extinta a ação principal somente

apelou o reconvinte, e o Tribunal **a quo**, ao lhe dar provimento, determina a devolução dos autos ao juízo de 1^o grau, para julgar novamente a ação e a reconvenção, anulando a sentença já prolatada, sem que esta tenha sido objeto do recurso apelatório, configuram-se julgamento **ultra petita**, ofensa à coisa julgada e **reformatio in pejus**.

III – Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 25.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: A Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Educação e Cultura (CNTEEC) e outros ajuizaram ação ordinária anulatória contra o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior – Andes, Sindicato Nacional, visando obter a anulação do seu registro sindical, bem como o ressarcimento de valores correspondentes a contribuições sindicais recolhidas indevidamente.

O Réu apresentou contestação e reconvenção.

Julgado extinto o processo, por perda do objeto, em razão de ter a Autora impetrado mandado de segurança, visando obter a nulidade do registro do Réu, em sede de embargos de declaração, decidiu o juízo monocrático que a reconvenção deveria seguir o caminho da ação principal até julgamento definitivo da causa.

Interposto recurso apelatório pela parte-reconvinda, a Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento à apelação, reformando a sentença de 1ª grau e determinando o retorno dos autos, para que o magistrado de 1ª instância decidisse ambas as ações (a principal e a reconvenção) – fl. 701.

Opostos embargos de declaração pela Apelante, foram rejeitados, todavia, ao fundamento de que não havia dúvida, obscuridade ou omissão (fl. 714).

Irresignado, Andes – Sindicato Nacional interpôs recurso especial, com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, sobre alegar violação aos artigos 467, 468, 471, 473, 512, 515, 458 e 535 do Código de Processo Civil, e art. 20, § 3º, do CPC, bem como divergência jurisprudencial (fls. 720/737).

Julgado o recurso especial, esta colenda Primeira Turma, por maioria de votos, deu-lhe provimento, em acórdão assim ementado:

“Processual Civil. Ação e reconvenção. Julgamento uno. Ofensa à coisa julgada.

Não pode, o Tribunal, afastar-se dos limites da apelação e decidir em função de fundamentos, nela (apelação) não discutidos, e de razões que não lhe foram formuladas.

A existência de causa que extinga a ação não obsta o prosseguimento da reconvenção. Se o juiz decretar, em qualquer fase, a extinção da ação principal, nem por isso se extingue o processo, porque perdura a relação processual com o conteúdo da ação do réu contra o autor.

Em se omitindo, o Tribunal, no julgamento de questões jurídicas suscitadas no recurso, já na fase dos embargos declaratórios, cabe recurso especial com fundamento em ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil.” (fl. 822).

Declarada a nulidade do acórdão recorrido, que julgou os embargos de declaração, os autos foram devolvidos ao Tribunal de origem, a fim de que, em novo julgamento, suprisse as omissões, decidindo sobre as questões formuladas: julgamento **ultra petita**, **reformatio in pejus**, ofensa à coisa julgada e omissão quanto à condenação em honorários advocatícios, na parte em que o juiz extinguiu o processo (da ação) – fl. 811.

O egrégio Tribunal **a quo**, cumprindo decisão deste Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar novamente os embargos de declaração, negou provimento ao recurso, ao entendimento de que não havia, no caso, qualquer obscuridade, dúvida ou omissão no acórdão embargado (fls. 848/851).

Manifestados, sucessivamente, mais dois embargos declaratórios, ambos improvidos (fls. 865/869 e 878/881), o Sindicato-vencido interpôs novo recurso especial, com arrimo na letra **a** do permissivo constitucional, sob a alegação de que o v. aresto recorrido vulnerou os artigos 128, 460, 467, 468, 471, **caput**; 473, 512 e 515, todos do Código de Processo Civil (fls. 886/893).

Oferecidas as contra-razões (fls. 900/911), o processamento do recurso foi deferido no juízo prévio de admissibilidade (fls. 913/914), subindo os autos a esta Instância.

É o relatório.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, o recurso especial pretende impugnar a decisão do Tribunal de origem, que, como bem esclareceu o ilustre advogado, julgou improcedente a ação, sem apreciar a reconvenção, e mandou que voltassem os autos para que o juiz julgasse a ação e também a reconvenção, sem que a parte tivesse recorrido.

Realmente, se se tratasse apenas do aspecto dos embargos de declaração, seria o caso de entrar com uma reclamação, porque estaria sendo descumprida a decisão do Tribunal, o qual examinou a questão e afirmou, novamente, que não houve obscuridade, dúvida, contradição ou omissão.

Entendo que podemos julgar o mérito da questão.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, consoante se depreende do detalhado relato, decretada a nulidade do acórdão proferido em sede de embargos de declaração, os autos foram devolvidos ao Tribunal local, a fim de que outra decisão fosse prolatada sobre as questões omissas apontadas pelo Embargante.

Procedido novo exame, em cumprimento à determinação desta Corte, após novos e sucessivos embargos de declaração, a Turma julgadora **a quo**,

no julgamento do último deles, acabou por esclarecer que, “ao julgar os segundos embargos, enfrentou a questão tida como omitida” (fl. 880).

De fato, malgrado tenha persistido no mesmo entendimento anteriormente expandido, o acórdão hostilizado abordou as questões suscitadas pelo Embargante, ora recorrente, conforme se infere do seguinte excerto:

“A Embargante reitera as mesmas alegações. Creio não assistir-lhe razão. Não há a alegada omissão da decisão da Primeira Turma Cível, repito, fls. 701/705, no tocante à **reformatio in pejus**, ofensa à coisa julgada. Como disse anteriormente, ao votar os primeiros embargos, e repito neste julgamento, o acórdão proferido pela Primeira Turma Cível anulou a sentença de 1^a grau que julgara, tão-somente, a ação, deixando de fazê-lo no tocante à reconvenção. E à vista dos termos do art. 318 do CPC, anulou esta sentença, determinou que os autos volvessem ao 1^a grau de jurisdição para que outra sentença fosse proferida, julgando-se a ação e a reconvenção.

A Embargante alega que o acórdão da Primeira Turma Cível não podia ter trilhado este caminho porque a ação julgada pela sentença transitara em julgado, porque a reconvenção, não objeto de decisão na sentença de 1^a grau, é que deveria, tão-somente ela, ser julgada pelo 1^a grau de jurisdição. O que a Embargante pretende é uma decisão da Turma no sentido de anular parcialmente a sentença, mantendo o dispositivo da sentença que julgou a ação e determinando que o juiz de 1^a grau julgue apenas a reconvenção que não foi julgada. A Primeira Turma Cível entendeu que esta solução é inviável, tecnicamente, a teor do disposto no art. 318 do CPC, e determinou a nulidade da sentença que julgou apenas a ação, determinando que os autos volvessem ao 1^a grau para que fossem julgadas a ação e a reconvenção. Volta a Embargante a insistir, mais uma vez, nesta tese de omissão, de ofensa à coisa julgada, e, Sr. Presidente, não vejo no acórdão proferido pela Primeira Turma Cível objeto dos primeiros embargos, e já nos embargos que julgamos, qualquer omissão, mesmo porque sentença nula não transita em julgado.

Acho que a decisão está bastante clara e há que se levar os autos, em baixa, para o 1^a grau de jurisdição, para que outra sentença seja proferida e toda a matéria objeto de questionamento nesses embargos, evidentemente, será decidida e apreciada pelo juiz de 1^a grau, que, em nova sentença, porque a anterior foi anulada, haverá de julgar a ação e a reconvenção.” (fls. 868/869).

Como se vê, os pontos questionados na inconformação recursal foram versados no acórdão recorrido, presente, portanto, o necessário prequestionamento, razão pela qual conheço do recurso. Já no juízo prévio de admissibilidade, o eminente Presidente do Tribunal local assim se manifestou:

“Não é desarrazoada a tese do Recorrente, no sentido de que a Turma julgadora, ao julgar a apelação por ele interposta, findou por agravar sua situação, ao determinar a remessa dos autos ao Juízo de origem para novo julgamento também *da ação principal*, cuja decisão lhe era favorável. Mesmo porque pedido formulado no recurso cingia-se à ‘baixa dos autos à instância de origem para a apreciação (e julgamento) *unicamente da reconvenção*’.

Tanto é plausível a tese do Recorrente que, no recurso especial anteriormente interposto nestes mesmos autos e versando sobre o mesmo tema, o egrégio STJ corroborou o entendimento sustentado pelo Recorrente, afirmando que ‘o acórdão, sem sombra de dúvidas, afastou-se dos limites da apelação e decidiu em função de circunstâncias nela não discutidas e de razões não formuladas (...) Ademais, a sentença de 1ª grau, na parte em que julgou extinta a ação, fez coisa julgada, já que, dela, a parte interessada não apelou. Decorre, daí, que o acórdão impugnado não poderia decretar-lhe a nulidade e determinar que esta mesma ação fosse novamente objeto de outra sentença, sem afrontar a coisa julgada’ (CPC, artigos 467 e 468).” (fl. 914).

Quanto ao mérito, assiste razão ao Recorrente, por isso que a decisão objurgada não só fere os invocados dispositivos da lei processual civil, relativos ao julgamento **ultra petita**, à **reformatio in pejus** e à coisa julgada, assim como entra em testilha com o entendimento já assentado, no caso, por esta egrégia Corte.

Com efeito, no primeiro julgamento desta colenda Turma (REsp n. 61.378-7-DF), já ficara assentado no voto-condutor do acórdão:

“A questão jurídica com que se nos deparamos é deveras complexa, mas possível de dirimento depois de uma análise mais acurada.

É que, da sentença que julgou extinta a ação, somente apelou o Recorrente e com a seguinte finalidade:

- a) a condenação do Apelado no pedido de reconvenção;

b) a baixa dos autos à instância de origem para a apreciação (e julgamento) unicamente da reconvenção.

Ocorre que, ao julgar a apelação, o Tribunal proferiu decisão que agravou a situação da Recorrente, determinando a remessa dos autos ao juízo de origem para julgar a ação e a reconvenção, anulando a sentença já proferida, sem que este fosse o objetivo do recurso (apela-tório).

E, segundo a lei, 'é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida ou condenar em objeto diverso do que lhe foi demandado' (art. 460 do CPC). O acórdão, sem sombras de dúvidas, afastou-se dos limites da apelação e decidiu em função de circunstâncias, nela, não discutidas e de razões que não lhe foram formuladas. Julgou, por assim dizer, causa diversa da que lhe foi posta. É que, como é curial, o Sindicato-recorrente, como Réu-reconvinte, já tendo, em seu favor, uma sentença extintiva da ação, não teria interesse em postular – na apelação – a nulidade da sentença, mas, como o fez, somente o julgamento da reconvenção.

Ademais, a sentença de 1ª grau, na parte em que julgou extinta a ação, fez coisa julgada, já que, dela, a parte interessada não apelou. Decorre, daí, que o acórdão impugnado não poderia decretar-lhe a nulidade e determinar que esta mesma ação fosse novamente objeto de outra sentença, sem afrontar a coisa julgada (CPC, arts. 467 e 468).

Nada importa que, na causa, houvesse reconvenção, e que ambas, ação e reconvenção, tivessem que ser julgadas, em sentença única. A desistência da ação, preleciona **J. J. Calmon de Passos**, 'ou a existência de qualquer causa que a extinga, não obsta ao prosseguimento da reconvenção. Deste ponto de vista, é correto falar-se em unidade de relação processual, com diversidade ou autonomia de ações – dada a autonomia das pretensões de direito material deduzidas em juízo. Se o juiz, no saneador, ou em outro qualquer momento, vier a decretar a extinção da ação principal, nem por isso se extingue o processo, por-que perdera a relação processual com o conteúdo da ação do réu contra o autor' (Cons. ao Código de Processo Civil, art. 317, p. 326). Este é o entendimento que prevaleceu, nesta Corte, no julgamento do Recurso Especial n. 7.324, de que foi relator o Ministro Cláudio Santos e as-sim concebido:

'A Recorrente ajuizou ação de rescisão contratual contra a Recorrida, que, em resposta, deduziu reconvenção. Como pondera

a Recorrente, a reconvenção representa uma forma de exercício do direito de ação, fazendo com que surja uma nova relação processual, que se desenvolve simultaneamente com aquela oriunda da ação. São duas, portanto, as relações processuais, que serão apreciadas na mesma sentença; porém, nada obsta que uma delas se extinga e a outra prossiga. Desta forma, se a reconvenção foi extinta sem julgamento do mérito e desta decisão não houve interposição do recurso, claro está que a parte se conformou com o decidido. Apreciá-la, pelo mérito, implicaria na prestação de tutela jurisdicional não requerida pela parte, bem como violação à coisa julgada e desrespeito à regra da preclusão.’

E, no contexto do seu voto, citando **Calmon de Passos**, escreve o nobre Ministro Cláudio Santos:

‘Se o juiz, no julgamento conforme o estado do processo, ou, em outro qualquer momento, vier a decretar a extinção da ação principal, nem por isso se extingue o processo, porque perdura a relação processual com o conteúdo da ação do réu contra o autor. E com razões mais fortes acontece o mesmo quanto à ação principal, se julgada extinta a reconvenção.’ (Comentários ao Código de Processo Civil, 4ª ed., p. 566) (julgado em 23.4.1991).

Foi o que aconteceu, na hipótese vertente. Em havendo ação e reconvenção, o juiz decretou a extinção do processo (da ação), ‘sob o fundamento de que o STJ teria apreciado mandado de segurança dispondo sobre o mérito da questão’. A Confederação-autora não recorreu, sobrevivendo, portanto, a preclusão. O Sindicato-réu apelou, formulando duas postulações:

- a) a condenação dos Apelados no pedido de reconvenção;
- b) a baixa dos autos ao juízo de origem para decidir acerca do tema (reconvenção).

O Tribunal decretou a nulidade da sentença do juiz, que extinguiu o processo (da ação), agravando a situação do Recorrente e desafiando a coisa julgada.” (fls. 808/810).

De outra parte, em voto complementar, o eminente Ministro Milton Luiz Pereira ressaltou, **in verbis**:

“Logo, referentemente à extinção da ação, constituiu-se a coisa julgada formal, alforriando a sentença de impugnação no processo em que foi proferida (arts. 467, 471 e 473, CPC).

Nesse teor, sobreconcentra-se que, a uma, a extinção fixou sob o manto da coisa julgada; a duas, no caso, não se consolida a autonomia absoluta derivada do art. 318, CPC, uma vez que não se cuida de ter sido julgada uma outra, mas, isto sim, de extinção de processo, ficando a principal e a reconvenção sem julgamento de mérito, subjacentemente debatendo-se sobre os honorários advocatícios; portanto, a três, sem serventia, a interpretação colhida na jurisprudência, no tocante à nulidade da sentença desafeiçoada ao julgamento uno.

Nessa perspectiva, ferida a coisa julgada formal, descogitável a reanimação da simultaneidade dos processos comentados para novo julgamento.” (fls. 817/818).

Em que pese tal posicionamento, a egrégia Turma julgadora **a quo** manteve a mesma decisão anteriormente adotada, em flagrante ofensa aos preceitos legais que vedam o julgamento **ultra petita**, a ofensa à coisa julgada e a **reformatio in pejus**.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 346.227 – SP

(Registro n. 2001.0116344-7)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrentes: Peter Salvetti e cônjuge
Advogados: Teruo Miyamoto e outro
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: Processual Civil – Ação civil pública – Provocação de danos ambientais em área de preservação do meio ambiente – Condenação – Medidas para restabelecer condições anteriores e compor o equilíbrio ecológico – Julgamento **extra petita** – Inocorrência.

Não se configura o julgamento **extra petita**, quando a decisão,

ao acolher o pedido formulado na inicial, especifica medidas complementares e alternativas necessárias ao fiel cumprimento da sentença.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão, na ausência ocasional do Sr. Ministro José Delgado.

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

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 11.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Cuida-se, na espécie, de recurso especial interposto por Peter Salvetti, com arrimo na letra **a** do permissivo constitucional, contra decisão da Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que restou sumariada no acórdão assim ementado:

“Ação civil pública. Lesão ambiental cuja prática continuou mesmo após o ajuizamento. Projeto de reflorestamento e 30 anos de abandono para recomposição aproximada, já que o abandono não regenera. Ausência de autorização para desmatar e de julgamento **extra petita**. Recurso improvido.” (fl. 624).

Sustenta o Recorrente, em síntese, que o v. aresto recorrido, ao manter a sentença proferida pelo juízo de 1ª grau, contrariou o artigo 460 do Código de Processo Civil, porquanto o condenou em algo que o Recorrido não pediu (fls. 628/635).

O Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu contra-razões às fls. 639/645.

Inadmitido na origem (fls. 647/650), o recurso subiu a esta Instância Superior, para melhor exame, em decorrência do provimento a agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Ao confirmar a decisão de 1ª instância, conforme já antecipado, a egrégia Câmara julgadora **a quo** manteve as medidas impostas para o restabelecimento das condições existentes anteriormente na área de preservação permanente, assim como a condenação ao custo social, sujeitando-se, ainda, o Requerido, às penalidades previstas no art. 14 da Lei n. 6.938, de 1981, na hipótese do não-cumprimento das referidas medidas.

Demais disso, entendeu não caber reparos na sentença, nem haver julgamento **extra petita** (fls. 624/625).

Contra esta decisão é que se insurge o Recorrente, sobre alegar violação ao art. 460 do CPC.

A questão ora suscitada, embora não tenha havido expressa menção ao referido dispositivo legal, foi apreciada, de fato, no acórdão recorrido, razão pela qual conheço do recurso.

Entendo, todavia, que não restou desafeiçoado o artigo 460 da lei processual civil.

Na verdade, conforme entendeu o tribunal local, não há falar em julgamento **extra petita**.

A argüição de contrariedade ao artigo 460 do Código de Processo Civil residiria no fato de ter sido o Recorrente condenado em algo que o Recorrido não pediu. Em outras palavras, alega-se que o pedido foi o de restaurar a área degradada e a condenação foi de desbasta as espécies artificiais e apresentar projeto de reflorestamento. Além disso, sustenta o Recorrente que houve condenação cumulativa, ao se estabelecer pagamento em dinheiro.

Se bem examinados os elementos de instrução do processo, verifica-se, contudo, que não houve, a rigor, julgamento **extra petita**.

De fato, ao que se depreende do pedido formulado na inicial, o Ministério Público Estadual, autor da ação, requereu a condenação do Requerido, para:

“a) restaurar, se possível, no estado anterior, a área degradada, inclusive através de observância das medidas apontadas pela Secretaria do Meio Ambiente, através dos laudos do DEPRN;

b) recolher, ao Fundo Estadual para a Reparação dos Interesses Difusos Lesados, criado pelo Decreto Estadual n. 27.070/1987, de quantia suficiente para a execução das referidas obras, a ser apurada em liquidação, caso a restauração não seja possível, ou deixe de ser executada pela Requerida, no prazo que V. Ex.^a fixar;

c) as punições contidas no art. 14 da Lei n. 6.938/1981.” (fls. 17/18).

O MM. Juiz de 1^a instância, ao julgar procedente a ação, condenou o Requerido “a efetuar as medidas de recomposição da área proposta pelo *expert* em seu laudo pericial, quais sejam: desbaste severo nas espécies artificiais, já que estas competem com as espécies naturais em função de seu maior desenvolvimento, sendo que as árvores cortadas do desbaste devem permanecer no local a fim de que não se abram vias de acesso com a sua retirada” (fl. 579). Além disso, determinou que “deverá apresentar projeto de reflorestamento, o qual será submetido à apreciação do Departamento Estadual de Proteção aos Recursos Naturais – DEPRN, sob pena de cominação de multa diária por descumprimento desta ordem judicial, no valor mínimo constante do art. 14, inciso I, da Lei n. 6.938/1981, pelo índice de correção atualmente correspondente, devendo o órgão supracitado fiscalizar se o projeto de recuperação está sendo executado”. (fl. 579).

Feito o cotejo entre o pedido e a condenação, não se pode dizer que tenha havido julgamento **extra petita** do acórdão que manteve a decisão monocrática pelos seus próprios fundamentos.

O que se constata, na verdade, é que o douto magistrado, ao acolher o pedido formalizado pelo Ministério Público, especificou, como desdobramento da condenação, as medidas necessárias ao cumprimento do **decisum**, bem como a penalidade a ser aplicada, alternativamente, na hipótese de descumprimento da ordem judicial.

Por fim, a condenação em pecúnia a ser recolhida em favor do Fundo Estadual para a Recuperação dos Interesses Difusos Lesados, foi imposta em

razão do custo social apontado pelo laudo pericial e “tendo em vista a gravidade do dano ambiental causado com a supressão da vegetação nativa que somente se restabelecerá em um período superior a trinta anos”. (fl. 580).

Conforme já tive a oportunidade de afirmar, decisão **extra petita** “somente ocorre quando o acórdão contempla questão não incluída na **litiscontestatio**” (REsp n. 12.414, DJ de 8.11.1993).

Não vejo, portanto, como se possa divisar, no caso concreto, violação ao artigo 460 do CPC.

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 395.466 – PR

(Registro n. 2001.0183478-8)

Relator: Ministro Luiz Fux
Recorrente: Fazenda Nacional
Procurador: Ricardo Py Gomes da Silveira
Recorrente: Weiss e Cia Ltda
Advogados: Francisco Deradi e outros
Recorridos: Os mesmos

EMENTA: Tributário – IPI – Isenção e alíquota zero – Princípio da não-cumulatividade – Compensação e repetição do indébito – Artigo 153, II, da CF – CTN, art. 49 – Transferência do encargo financeiro – Art. 166 do CTN.

1. O não-recolhimento de IPI na saída de mercadoria sujeita à alíquota zero implica que, na entrada da matéria-prima, não há creditamento.

2. **In casu**, a saída do produto o foi com alíquota zero e não houve recolhimento do IPI, inexistindo o montante devido, e, **a fortiori**, a diferença a maior, a ser creditada. O IPI recolhido na entrada dos insumos não pode ser creditado e não poderia ser compensado, posto que, na saída do produto industrializado, não houve pagamento do IPI.

3. 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).

4. Ressalta evidente que o imposto pago na entrada da matéria-prima foi incluído no preço do produto industrializado, e quem o pagou foi o adquirente destes produtos e não a recorrente. Logo, importaria em enriquecimento ilícito o reconhecimento deste crédito em face da mesma.

5. “A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-la transferido a terceiro, estar expressamente autorizado a recebê-la, determinando o artigo 170 que a lei pode, obedecidos certos requisitos, ‘autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública’.”

6. A egrégia Primeira Seção desta Corte firmou entendimento no sentido de que os tributos que, por sua natureza, comportem transferência do respectivo encargo financeiro, são somente aqueles em relação aos quais a própria lei estabeleça dita transferência.

7. O IPI é tributo de natureza indireta, uma vez que o contribuinte de fato é o consumidor final da mercadoria objeto da operação, visto que a empresa, que repassa no preço da mercadoria o imposto devido, recolhendo posteriormente aos cofres públicos o imposto já pago pelo consumidor final, e, em consequência, não assume a respectiva carga tributária. Opera-se, assim, no caso do IPI, a substituição legal no cumprimento da obrigação, do contribuinte de fato pelo contribuinte de direito, inadmitindo-se a repetição do indébito e a compensação do referido tributo, sem a exigência da prova da repercussão.

8. Precedentes desta Corte.

9. Recurso especial da impetrante desprovido.

10. Recurso da União provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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 da Fazenda Nacional e negar provimento ao da impetrante, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília-DF, 3 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro Luiz Fux, Relator.

Publicado no DJ de 4.11.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Tratam-se de recursos especiais interpostos por ambas as partes, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 295):

“Tributário. Imposto sobre Produtos Industrializados. Operações isentas ou tributadas à alíquota zero. Creditamento. Princípio da não-cumulatividade.

1. Segundo a ordem constitucional vigente, que, nesse ponto, repete a anterior, o IPI é um imposto de competência da União, seletivo, em função da essencialidade do produto, e não-cumulativo, incidente sobre o valor agregado ao produto industrializado.

2. Como há creditamento na hipótese de isenção, que pressupõe a exclusão do crédito tributário, havendo a opção pela alíquota esvaziada.

3. A tese segundo a qual o creditamento, nos casos de isenção ou incidência tributária pela alíquota zero, implica enriquecimento ilícito, é de todo inaceitável, porquanto, mesmo naquelas hipóteses em que o tributo é pago, quem suporta o ônus econômico dessa tributação não é a mesma pessoa que se beneficia do crédito respectivo, considerando as várias etapas do processo de industrialização.

4. Para a desoneração, o contribuinte pode excluir da base dos produtos fabricados o valor dos insumos adquiridos com alíquota zero,

aplicando a alíquota sobre o saldo, ou aplicar sobre os insumos adquiridos com alíquota zero a alíquota dos respectivos produtos fabricados e lança o valor resultante a crédito em sua escrita, sendo que o resultado fiscal será exatamente o mesmo.

5. Vencido o juiz Élcio Pinheiro de Castro quanto ao mérito.

6. Vencido o juiz Vilson Darós quanto à incidência da correção monetária.”

Versam os autos sobre mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado com o intuito de garantir o direito líquido e certo ao creditamento do IPI, em relação às aquisições de matérias-primas, insumos e produtos intermediários isentos, não-tributados ou reduzidos à alíquota zero, empregados na fabricação de produtos tributados, bem como o direito de compensar as parcelas não prescritas, acrescidas de correção monetária.

Indeferida a liminar, posteriormente, na sentença, o r. juízo monocrático concedeu parcialmente a ordem postulada, tão-somente para o “efeito de declarar o direito da Impetrante a creditar os valores relativos ao IPI dos insumos isentos, não-tributados ou tributados à alíquota zero, utilizando-se para tanto de alíquota equivalente à tributação do produto industrializado final” (fl. 181).

Irresignadas, ambas as partes apelaram, tendo o Tribunal de origem, por maioria, dado parcial provimento ao recurso da Empresa e negado provimento à apelação da União e à remessa oficial.

Em recurso especial, a Empresa alega, em síntese, que o acórdão recorrido negou vigência ao disposto nos arts. 165 e 168 do CTN, além de ter divergido da jurisprudência dominante nesta Corte, ao entender aplicável à espécie a prescrição quinquenal, ante a inaplicabilidade do art. 165 do CTN.

A União, por sua vez, aduziu no especial que o acórdão em tela violou o disposto no art. 166 do CTN, pois, em se tratando de IPI, que é tributo indireto, o aproveitamento de créditos pretéritos só é possível ante a existência de prova do repasse do encargo financeiro relativo ao tributo.

Contra-razões apresentadas pela União às fls. 541/544 e pela Empresa às fls. 549/552.

Feito o juízo de admissibilidade positivo de ambos apelos extremos, na instância de origem, ascenderam os autos ao egrégio STJ (fls. 554/556).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, retifiquem-se a autuação e capa do processo, pois tratam-se de recursos especiais de ambas as partes, e não apenas da Fazenda Nacional, como restou consignado.

Conheço de ambos os recursos, pois restaram atendidos os pressupostos de admissibilidade, além de a matéria tratada ter sido devidamente prequestionada na instância de origem.

Consoante é sabido, o IPI é tributo seletivo, em função da essencialidade do produto (CF anterior, art. 21, § 3º; CF de 1988, art. 153, § 3º, I), por isso que os produtos supérfluos são tributados mais pesadamente e a saída dos denominados “produtos essenciais” pode sê-lo com a alíquota zero.

Destarte, o Imposto sobre Produtos Industrializados também é considerado “não cumulativo” (CF anterior, arts. 21, § 3º; 153, § 3º, I, da CF de 1988, e 49 do CTN). Impõe-se assentar que o princípio da não-cumulatividade não é mitigado quando a saída do produto industrializado perfaz-se com isenção ou com alíquota zero. Em ambas as hipóteses não há o recolhimento do imposto, sendo impossível e indevido o creditamento. Determina o artigo 49 do CTN, que:

“... o montante devido resulta da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados.”

In casu, a saída do produto o foi com alíquota zero e não houve recolhimento do IPI, inexistindo o montante devido, e, **a fortiori**, a diferença a maior, a ser creditada. O IPI recolhido na entrada dos insumos não pode ser creditado e não poderia ser compensado, posto que, na saída do produto industrializado, não houve pagamento do IPI. Ressalta evidente que o imposto pago na entrada da matéria-prima foi incluído no preço do produto industrializado e quem o pagou foi o adquirente destes produtos e não a Recorrente. Logo, importaria em enriquecimento ilícito, o reconhecimento deste crédito em face da mesma.

A Lei n. 4.502, de 30.11.1964, artigo 25, § 3º, com redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.137/1970, autorizou o regulamento ao dispor sobre a anulação do crédito, nos casos em que, na saída, os produtos industrializados não estejam tributados ou a alíquota seja zero. Nesses casos, não há tributação, nem recolhimento de tributo.

O Ministro Carlos Velloso, em seu bem lançado voto, nos Embargos Infringentes n. 41.542, do antigo TFR, DJ de 25.6.1981, após mostrar as diferenças entre isenção e alíquota zero, acentuou que:

“... Em síntese, pode-se afirmar: a) na isenção, há a ocorrência do fato gerador, mas a lei desobriga o contribuinte do pagamento do tributo; b) na não-tributação, não há incidência, mas a quantificação aritmética desta é frustrada, porque a alíquota não tem expressão matemática.

Isto, entretanto, não tem a relevância, na solução do caso em debate, que se lhe empresta a Autora-embargante.

É que, em 1979, veio a lume o Decreto-Lei n. 1.686, de 26.6.1979, que alterou alíquotas do IPI incidentes sobre os produtos que especificou. No artigo 1º, estabeleceu:

‘Art. 1º. Ficam reduzidos a zero, a partir de 1.7.1979, as alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados incidentes sobre os produtos classificados nos códigos da tabela baixada com o regulamento aprovado pelo Decreto n. 83.263, de 9.3.1979, relacionados no Anexo I e este decreto-lei.’

E, no seu artigo 4º, pela primeira vez dispôs a respeito do tema – impossibilidade de crédito do IPI quando o produto acabado estiver sujeito à alíquota zero – ao estabelecer:

‘Art. 4º. Fica dispensada a anulação do crédito relativo à matéria-prima, produtos intermediários e material de embalagem, empregados na industrialização dos produtos de que trata o art. 1º, para os insumos entrados no estabelecimento até a data de publicação deste decreto-lei, vedada qualquer restituição ou ressarcimento.’

Isto quer dizer: se foi dispensada a anulação do crédito relativo à matéria-prima, produtos intermediários e material de embalagem, empregados na industrialização dos produtos que passaram a ter alíquota zero, para os insumos entrados no estabelecimento até a data de publicação do Decreto-Lei n. 1.686/1979, não haverá crédito relativo à mercadoria entrada no estabelecimento depois da publicação do citado Decreto-Lei n. 1.686, de 1979.

A presente ação teve origem, justamente, no citado Decreto-Lei n. 1.686, de 1979. Vale dizer, a Autora deseja manter os créditos do IPI incidentes sobre insumos que deram entrada no seu estabelecimento após a publicação do Decreto-Lei n. 1.686/1979.

Quer dizer, mesmo existindo norma infraconstitucional que impede o crédito do IPI, a Autora, ora embargante, quer mantê-lo.

Isto somente seria possível se fosse inconstitucional a norma infraconstitucional – o Decreto-Lei n. 1.686, de 1979, art. 4º.

Não há, entretanto, no caso, inconstitucionalidade.

Conforme falamos, o princípio da não-cumulatividade, princípio constitucional limitador da tributação (CF, art. 21, § 3º), pode ser regulado pela lei complementar (CF, artigo 18, § 1º), certo que a lei complementar pode até ‘estabelecer restrições à sua eficácia e aplicabilidade, como, aliás, se verificou’ (José Afonso da Silva, ob.cit.). O CTN, que, no ponto, é lei complementar, cuidou, no art. 49, do citado princípio, escorando-o, em termos de aplicação, na lei ordinária. A norma legal ordinária, o Decreto-Lei n. 1.686/1979, art. 4º, conforme vimos, nega o direito ao crédito do IPI incidente sobre insumos destinados a produto acabado sujeito à alíquota zero. Essa norma não é afrontosa ao princípio inscrito no art. 21, § 3º, da Constituição.”

Acerca do mesmo tema, convém destacar o julgado proferido pelo STF, no RE n. 109.047-SP, em que foi relator o Ministro Octávio Gallotti:

“Imposto sobre Produtos Industrializados. Alíquota zero. Crédito-mento.

Ao negar o direito ao crédito do IPI, incidente sobre embalagens destinadas ao acondicionamento de produto sujeito à alíquota zero, no momento de saída do estabelecimento industrial, o acórdão recorrido não contrariou a regra constitucional da não-cumulatividade (art. 21, § 3º), nem tampouco negou vigência ao art. 49 do CTN.

Dissídio jurisprudencial não configurado. Recurso extraordinário de que não se conhece.

... a não-cumulatividade só tem sentido na fórmula constitucional, à medida em que várias incidências sucessivas, efetivamente mensuráveis, ocorram. É essa a presunção constitucional e também o propósito de sua aplicação. Daí a razão do abatimento, concedido para

afastar a sobrecarga tributária do consumidor final. Neste caso, se não há imposição de ônus na saída do produto, pela absoluta neutralidade dos seus componentes numéricos, via de consequência, não haverá elevação da base de cálculo, por conseguinte, qualquer diferença a maior a justificar a compensação.”

Deveras, sobre o outro aspecto que o presente recurso encerra, a egrégia Primeira Seção desta Corte firmou entendimento no sentido de que a prova da repercussão é exigível em se tratando de tributos considerados indiretos, como foi ocorrer com o IPI.

Acerca do tema, eis o que preceitua o artigo 166 do CTN:

“A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-la transferido a terceiro, estar expressamente autorizado a recebê-la, determinando o artigo 170 que a lei pode, obedecidos certos requisitos, ‘autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública’.”

O referido dispositivo legal explicita que o intérprete, sempre, em casos de repetição de indébito, deve proceder à identificação se o tributo, por sua natureza, teve transferido o respectivo encargo financeiro para terceiro ou não, nas hipóteses em que a lei, expressamente, não determina o adimplemento da exação por esse terceiro, como é a hipótese do ICMS e do IPI.

Esse entendimento consolidou-se por se considerar que o art. 166 do CTN só é aplicável aos tributos indiretos, ou seja, que se incorporam explicitamente aos preços, como é o caso do ICMS e do IPI, ora em análise. Em se tratando de IPI, o contribuinte de fato é o consumidor da mercadoria objeto da operação, e a empresa, na condição de contribuinte de direito, repassa no preço cobrado pela mercadoria o imposto devido, recolhendo, posteriormente, aos cofres públicos, o imposto já pago pelo consumidor dos referidos produtos.

Esta é a posição pacífica adotada por esta Corte, como depreende-se dos seguintes arestos:

“Processual Civil. Recurso especial. Embargos de declaração (art. 535, I e II, CPC). Tributos indiretos. Compensação. Desnecessidade da

prova de não-repercussão (Lei n. 8.212/1991, art. 89, § 1º; Leis n. 9.032/1995 e 9.129/1995).

1. A compreensão pretoriana prevalecente estadeou que, reconhecido o direito à compensação, os créditos compensáveis até a data de vigência da Lei n. 9.035/1995 estão a salvo da prova da não-repercussão. Todavia, excluem-se da referenciada comprovação os tributos cuja transferência do encargo financeiro é ínsita (p. ex.: IPI e ICMS).

2. Embargos parcialmente acolhidos.” (EDcl no Ag n. 253.308-RS, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 1.8.2000, p. 211).

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

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

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

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

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

absoluto, que esse terceiro conceda autorização para a repetição de indébito.

5. A contribuição previdenciária examinada é de natureza direta. Apresenta-se com essa característica porque a sua exigência se concentra, unicamente, na pessoa de quem a recolhe, no caso, uma empresa que assume a condição de contribuinte de fato e de direito. A primeira condição é assumida porque arca com o ônus financeiro imposto pelo tributo; a segunda, caracteriza-se porque é a responsável pelo cumprimento de todas as obrigações, quer as principais, quer as acessórias.

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

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

8. Embargos de divergência rejeitados.” (REsp n. 168.469-SP, rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de 17.12.1999).

No que pertine ao prazo prescricional, em relação ao qual se insurge a Empresa-recorrente, convém ressaltar que no caso **sub examen** não se trata de hipótese de restituição, na qual se discute pagamento indevido ou a maior, mas, sim, de reconhecimento de aproveitamento de crédito, decorrente da regra da não-cumulatividade, estabelecida pelo texto constitucional, razão pela qual não há que se cogitar da aplicação do artigo 168 do CTN, sendo aplicável o Decreto n. 20.910/1932, que estabelece o prazo prescricional de cinco anos, contados a partir do ajuizamento da ação.

Destarte, tendo sido a ação proposta em 21.10.1998, são passíveis de compensação os créditos fiscais de insumos adquiridos nos últimos cinco anos imediatamente anteriores ao ajuizamento da ação, ou seja, desde 21.10.1993.

Neste sentido, confira-se, à guisa de exemplo, a decisão no REsp n. 392.257-PR, relator Ministro José Delgado, publicada no DJ de 27.5.2002, **in verbis**:

“Tributário e Processual Civil. Agravo regimental. Restituição. Crédito-prêmio. IPI. Prescrição quinquenal. Súmula n. 85-STJ. Precedentes.

Omissis.

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. As 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.”

Por esses fundamentos, nego provimento ao recurso da Empresa-impe-trante e dou provimento ao recurso da União.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 433.818 – RS

(Registro n. 2002.0052356-6)

Relator: Ministro Luiz Fux
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Patrícia Vargas Lopes e outros
Recorrida: Zivi S/A Cutelaria
Advogados: João Luciano F. P. Queiroz e outros

EMENTA: Processo Civil – Embargos à execução fiscal – Desis-tência – Refis – Adesão – Extinção do processo sem julgamento de mérito.

1. A Lei n. 9.964/2000, no seu art. 2º, § 6º, tem como destinatá-rios os autores das ações que versam os créditos submetidos ao Refis. Em consequência, tanto o particular em ação declaratória,

quanto a Fazenda que aceita a opção ao programa, renunciam ao direito em que se fundam as ações respectivas, porquanto, **mutatis mutandi**, a inserção no Refis importa novação à luz do art. 110 do CTN c.c. o art. 999, I, do CC.

2. Os embargos à execução têm natureza de ação de conhecimento introduzida no organismo do processo de execução. Em consequência, a opção pelo Refis importa em o embargante renunciar ao direito em que se funda a sua oposição de mérito à execução. Considere-se, ainda, que a opção pelo Refis exterioriza reconhecimento da legitimidade do crédito.

3. Recurso especial provido para decretar a extinção do processo com análise do mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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 Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 1^a de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro Luiz Fux, Relator.

Publicado no DJ de 28.10.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial, alínea **a**, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4^a Região, assim ementado (fl. 144):

“Tributário. Embargos à execução fiscal. Adesão ao Refis. Pedido de desistência. Condicionamento à renúncia. Descabimento. Homologação da desistência.

A oposição ao pedido de desistência pressupõe justificativa legítima.

O § 6º do art. 4º da Lei n. 9.964/2000 restringe-se a condicionar a inclusão de débitos no Refis à desistência das ações com renúncia ao direito tão-somente para as ações em que haja liminar suspendendo a exigibilidade do crédito tributário.

A Lei n. 9.469/1997, por sua vez, deve ser interpretada de forma sistemática, entendendo-se que exige a renúncia ao direito como condição para a concordância com a desistência da ação pela Administração apenas para as ações cujo conteúdo econômico seja superior ao valor previsto no art. 1º da mesma lei.

O condicionamento da desistência à renúncia ao direito, sem que haja, de outro lado, a demonstração do efetivo interesse numa prestação jurisdicional de mérito, mostra-se abusivo.

Apelação e remessa **ex officio** improvidas, mantendo-se a sentença que homologou o pedido de desistência pura e simples.”

Em suas razões, o INSS alega, em síntese, que, ao confirmar sentença que extinguiu os embargos à execução *sem julgamento de mérito*, em virtude de pedido de desistência pela adesão ao Refis, o Tribunal de origem teria negado vigência ao art. 2º, § 6º, da Lei n. 9.964/2000, que tem a seguinte redação:

“Art. 2º. O ingresso no Refis dar-se-á por opção da pessoa jurídica, que fará jus a regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais a que se refere o art. 1º.

(...)

§ 6º. Na hipótese de crédito com exigibilidade suspensa por força do disposto no inciso IV do art. 151 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, a inclusão, no Refis, dos respectivos débitos, implicará dispensa dos juros de mora incidentes até a data de opção, condicionada ao encerramento do feito por desistência expressa e irrevogável da respectiva ação judicial e de qualquer outra, bem assim à renúncia do direito, sobre os mesmos débitos, sobre o qual se funda a ação.”

Argumenta o Recorrente que:

“A renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação é consequência da adesão ao Refis, e está prevista expressamente em lei, de modo

que havendo recurso da empresa pendente de julgamento, e esta não se manifestar pela renúncia, impõe-se que seja negado seguimento ao mesmo, extinguindo-se o feito com fulcro no art. 269, V, do CPC, por afronta à legislação de regência do Refis, não se justificando, em nenhuma hipótese, a extinção do feito sem julgamento de mérito, como ocorreu no caso em tela.” (fl. 150).

Contra-razões às fls. 153/156, pugnando pelo desprovemento do recurso.

À fl. 158, o apelo recebeu crivo positivo de admissibilidade.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, destaque-se o prequestionamento do dispositivo legal apontado, a viabilizar o conhecimento do presente recurso especial.

A controvérsia dos autos consiste em saber se, na desistência dos embargos à execução fiscal em virtude da adesão da empresa ao Refis, o processo deve ser extinto com ou sem julgamento de mérito.

A respeito da desistência da ação, tivemos oportunidade de asseverar que:

“Desistir da ação significa abdicar, momentaneamente, do monopólio da jurisdição acerca daquele litígio, exonerando o Judiciário de pronunciar-se sobre a causa.

‘A desistência equivale à revogação da propositura da ação.’

Trata-se de instituto de cunho nitidamente processual, não atingindo o direito material objeto da ação. A parte que desiste da ação engendra faculdade processual, deixando incólume o direito material, tanto que descompromete o Judiciário de se manifestar sobre a pretensão de direito material.

É diversa da figura da renúncia ao direito em que se funda a ação, prevista textualmente como causa de extinção do processo ‘com análise de mérito’. Na renúncia, a abdicação significa despojamento do direito material, razão pela qual o juiz, em caso de dúvida sobre o alcance da manifestação da parte, deve instá-la a declarar o seu desígnio de forma clara; se pretende desistir ou renunciar.” (Luiz Fux, in Curso de Direito Processual Civil, 1ª ed., 2000, Editora Forense, p. 416).

Assim, sendo a desistência da ação instituto de natureza processual, que não atinge o direito material objeto da causa, impõe-se a extinção do processo sem julgamento de mérito, como efetuado pelo Tribunal de origem.

Entretanto, **in casu**, a lei é clara ao aduzir à renúncia ao direito em que se funda a ação.

Nessas hipóteses, a Lei n. 9.964/2000, no seu art. 2^a, § 6^a, teve como destinatários os autores das ações que versam os créditos submetidos ao Refis. Em consequência, tanto o particular em ação declaratória, quanto a Fazenda, que aceita a opção ao programa, renunciam ao direito em que se fundam as ações respectivas, porquanto, **mutatis mutandi**, a inserção no Refis importa novação à luz do art. 110 do CTN c.c. o art. 999, I, do CC.

Sob esse ângulo, dispõem, respectivamente, os artigos 999, I, do Código Civil, e 110 do Código Tributário Nacional, **verbis**:

“Art. 999. Dá-se a novação:

I – quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior;”

“Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Deveras, os embargos à execução têm natureza de ação de conhecimento introduzida no organismo do processo de execução. Em consequência, a opção pelo Refis importa em o Embargante renunciar ao direito em que se funda a sua oposição de mérito à execução. Considere-se, ainda, que a opção pelo Refis exterioriza reconhecimento da legitimidade do crédito.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para decretar a extinção do processo com análise do mérito.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 442.540 – SP

(Registro n. 2002.0071090-0)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrentes: Carlos Alberto Valim e outros

Advogados: Luiz Manoel Gomes Júnior e outros

Recorridos: Antônio Carlos Borges e outro

EMENTA: Processo Civil – Dissídio jurisprudencial não comprovado – Ação declaratória de inexistência em face de alegada ausência – Citação de litisconsórcio passivo necessário ou obrigatório em ação popular já decidida pelo STF (reconhecimento da ilegalidade do aumento na remuneração de edis) – Desnecessidade – Ajuizamento da ação popular contra os beneficiários diretos e conhecidos.

1. Na presente ação, defendem os autores a inexistência de relação jurídica, visto que, por serem beneficiários diretos do ato impugnado, não foram chamados a integrar a lide, nos termos do art. 6º da Lei n. 4.717/1965, que instituiu um litisconsórcio necessário ou obrigatório. Isso porque alguns suplentes de vereadores assumiram em determinados dias a vereança, em substituição aos respectivos titulares das cadeiras. A referida ação popular foi julgada pelo colendo Supremo Tribunal Federal e transitada em julgado.

2. Não se conhece de recurso especial fincado no art. 105, III, c, da CF/1988, quando a alegada divergência jurisprudencial não é devidamente demonstrada, nos moldes em que exigida pelo parágrafo único do artigo 541 do CPC, c.c. o art. 255 e seus parágrafos, do RISTJ.

3. Inocorrência do vício aventado, consistente na não-integração à lide de suplentes de vereadores. Tal integração restringe-se aos beneficiários diretos e conhecidos (art. 7º, III, da Lei n. 4.717/1965). Não se pode exigir do autor da ação popular uma diligência incomum e extraordinária, no sentido de vigiar em todas as sessões legislativas, se ocorre ou não alguma substituição dessa natureza, que se presume não conhecida pelo autor, não podendo os vereadores alegar a própria torpeza, se maliciosamente deixaram de apontar e chamar ao processo outros beneficiados pelo ato que se declarou nulo.

4. O jurisconsulto **Enrico Tullio Liebman** ensina que “por possibilidade jurídica entendo a possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor” (in O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito, SP).

5. Os recorrentes tiveram todo o processamento da ação popular para apontar a “falha” processual, não o fazendo em 1^a, em 2^a instância e nem quando os autos chegaram à augusta Corte Suprema, mesmo postulando neste Tribunal derradeiro obter invalidação do feito com argumento semelhante, cuja pretensão foi rechaçada.

5. Evidente tentativa dos recorrentes de contornar decisão definitiva do Poder Judiciário, tentando convencer de “falha processual” no afã de reabrir discussão já transitada em julgado.

7. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. 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 Francisco Falcão, Luiz Fux, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 17 de setembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro José Delgado, Relator.

Publicado no DJ de 7.10.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial interposto por Carlos Alberto Valim e outros, com fulcro no art. 105, III, a e c, da Carta Magna, contra v. acórdão assim espelhado (fl. 402):

“Ação popular. Indeferimento da inicial sob o fundamento de impossibilidade jurídica do pedido. Decisão de 1^a grau mantida, uma vez que não houve nas razões recursais apresentação de argumentos hábeis para o fim pretendido. Condenação por litigância de má-fé afastada. Recurso improvido.”

Consta dos autos que os Recorrentes ajuizaram ação declaratória de inexistência contra Antônio Carlos Borges e Nilson Agostinho dos Santos.

De acordo com a inicial, em 29.6.1989, o primeiro réu ajuizou uma ação popular contra os ora recorrentes, visando reconhecer a ilegalidade do aumento da remuneração dos vereadores do Município de São Paulo, por meio da Resolução n. 281/1989, no período de 1989 a 1992. O segundo dos réus atuou como advogado do primeiro.

A referida ação popular foi julgada procedente pelo colendo STF.

Na presente ação, defendem os Autores a inexistência de relação jurídica, visto que, por serem beneficiários diretos do ato impugnado, não foram chamados a integrar a lide, nos termos do art. 6º da Lei n. 4.717/1965, que instituiu um litisconsórcio necessário ou obrigatório. Isso porque os suplentes de vereadores Francisco de Andrade, Álvaro Luiz Mansur e João Batista Borges assumiram em determinados dias a vereança, em substituição ao titular da cadeira.

O MM. Juiz singular indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo (art. 267, I, do CPC), tendo o egrégio Tribunal **a quo** mantido a r. sentença nos termos da ementa supra.

Nas razões do especial, afirma a Recorrente que o decisório objurgado violou os arts. 47 do CPC, e 6º e 7º, III, da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), além de apontar dissídio jurisprudencial. Renovadas as teses desenvolvidas no decorrer processual, por ter o v. acórdão dispensado a presença dos beneficiários diretos pelo ato impugnado na ação popular, havendo, incondicionalmente, de serem os Recorrentes chamados na qualidade de litisconsortes passivos necessários ou obrigatórios. Por fim, postulam a reforma dos **decisum a quo**, ante a possibilidade jurídica do pedido inicial.

Sem oferecimento de contra-razões.

Admitido o recurso especial, subiram os autos a esta Casa de Justiça, com sua inclusão em pauta para julgamento, o que faço agora.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Primeiramente, no que pertine ao dissenso jurisprudencial, o mesmo não restou comprovado.

Verifica-se evidente deficiência na interposição do processado. Os Recorrentes deixaram de transcrever trechos de decisões que configurem o dissídio, e, muito menos, mencionaram as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, com o que restou descumprido requisito específico da interposição pelo art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

O tema decidido no acórdão hostilizado não pode ser comparado com simples trechos de decisões que enveredam pela convergência, mas que não apontam pela perfeita similitude do caso em apreço, o que não configura analogia às matérias apreciadas nos julgados apresentados como paradigmas, bastando, para tanto, compararem-se as decisões.

O colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a divergência indicada deverá ser comprovada por certidão, ou cópia autenticada, ou mediante citação do repositório de jurisprudência oficial, autorizado ou credenciado, com a transcrição dos trechos que configurem o dissídio, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Registre-se que a publicação no Diário da Justiça não é suficiente para comprovação de dissenso, pois necessário que conste o inteiro teor do acórdão trazido à colação. Destarte, os acórdãos apresentados como paradigmas não são suficientes a ensejar a análise pela alínea c do inciso III do art. 105 da CF/1988.

No entanto, a matéria jurídica encartada nos dispositivos legais tidos por violados foi devidamente debatida no acórdão recorrido, merecendo, assim, ser conhecido o apelo extremo.

O recurso especial em exame, embora conhecido, não merece provimento.

O acórdão atacado, pelos seus próprios fundamentos, deve ser mantido. Acolho, integralmente, o pronunciamento do eminente relator Desembargador Castilho Barbosa, do teor seguinte (fls. 402/403):

“Recorrem os Autores da ação por inconformismo com o indeferimento da inicial, sob o fundamento de impossibilidade jurídica do pedido (os suplentes dos vereadores não seriam beneficiários diretos e, conseqüentemente, não estaria caracterizado o litisconsórcio necessário) com contra-argumentos no âmbito da fundamentação da r. sentença **a quo**.

Recurso regularmente processado; preparo em ordem.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pela manutenção da improcedência e pela condenação em litigância de má-fé.

É o relatório.

Os Recorrentes rebatem os argumentos que fundamentam o indeferimento da inicial desta ação declaratória de inexistência de relação jurídica na ação popular que lhes teria sido movida anteriormente

porque beneficiários diretos do ato impugnado (aumento ilegal da remuneração dos vereadores), não teriam sido chamados a integrar a lide (art. 6º da Lei n. 4.717/1965), por força de litisconsórcio necessário ou obrigatório.

Observe-se que a referida ação popular foi objeto de apreciação até pelo Supremo Tribunal Federal.

E não se vislumbra realmente o vício aventado na exordial e consistente na não-integração à lide de suplentes de vereadores.

Como bem ressaltado na r. sentença, essa integração restringe-se aos beneficiários diretos e conhecidos (art. 7º, inc. III, da Lei n. 4.717/1965) e ‘... não se pode exigir do autor da ação popular uma diligência incomum e extraordinária, no sentido de vigiar em todas as sessões legislativas, se ocorre ou não alguma substituição dessa natureza, que se presume não conhecida pelo Autor’, não podendo os vereadores ‘... alegar a própria torpeza, se maliciosamente deixaram de apontar e chamar ao processo outros beneficiados pelo ato que se declarou nulo’.

Não houve nas razões recursais apresentação de argumentos hábeis para o fim pretendido.

Muito pelo contrário, a citação do escólio de **Enrico Tullio Liebman** endossa a posição assumida no julgamento de 1º grau, pois ‘por possibilidade jurídica entendo a possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor’ (in O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito, São Paulo, 7º, inc. III, da Lei n. 4.717/1965). Houve expressa menção ao art. 7º, inc. III, da Lei n 4.717/1965.”

Da mesma forma, não é por demais acrescer os bem delineados argumentos desenvolvidos pelo douto representante do *Parquet* Estadual no parecer de fls. 392/393:

“É evidente a tentativa dos Recorrentes de contornar decisão definitiva do Poder Judiciário, tentando convencer de falha processual no afã de reabrir discussão que já transitou em julgado.

É o uso abusivo do processo, merecedor da apreciação da conduta à luz da litigância de má-fé, como V. Ex.^{as} poderão observar.

Com efeito, querer agora, depois que o caso foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, reabri-lo sob o pífio argumento de que inexistiram citações de vereadores suplentes é pura má-fé.

Os suplentes, se é que assumiram, são beneficiários indiretos, e o litisconsórcio necessário a eles não alcança, principalmente porque, como afirmou o nobre magistrado ‘... somente os beneficiários diretos e conhecidos até sentença são litisconsórcios necessários e devem integrar a lide, como se depreende do inciso III do artigo 7^a da Lei 4.717/1965’.

Ademais, aqui aplica-se um princípio geral de direito bem lembrado pelo culto magistrado: ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

Ora, os Apelantes tiveram todo o processamento da ação popular para apontar a ‘falha’ processual. Não o fizeram em 1^a, em 2^a instância e nem quando os autos chegaram no Pretório Excelso. Nesta Corte (STF) chegaram a tentar obter invalidação do feito com argumento semelhante. Naquela oportunidade, objetivavam reconhecimento da ‘falha’ porque não citados os edis da legislatura anterior. A pretensão, no entanto, foi rechaçada conforme se vê do r. julgado acostado por cópia às fls. 269/273. Lá não sustentaram a nulidade agora tentada.”

Este é o entendimento que perfilo, por entender ser o mais coerente.

Posto isto, *nego* provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 445.809 – SC

(Registro n. 2002.0086439-6)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Induma Indústria de Madeiras S/A
Advogados: Jaime Luiz Leite e outros
Recorrida: Fazenda Nacional
Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros

EMENTA: Constitucional e Tributário – IPI – Correção monetária – Saldos credores escriturais – Decisão da matéria (mesmo que em sede do ICMS, aplicável à espécie) pelo Supremo Tribunal Federal – Inaplicação da correção pretendida – Precedentes.

1. Recurso especial interposto contra v. acórdão que acatou o pedido de aproveitamento de créditos de IPI originados no momento da entrada de insumos tributados utilizados na produção de mercadorias isentas, sem deferir, contudo, os juros compensatórios e a correção monetária sobre os mesmos, por se tratar de meros saldos escriturais e não de débito tributário devidamente constituído.

2. Entendimento do relator de que a não-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.

3. A permissibilidade de corrigir-se monetariamente créditos do IPI visa a impedir-se 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.

4. O crédito do IPI é uma “moeda” adotada pela lei para que o contribuinte, mediante o sistema de compensação com o débito apurado pela saída da mercadoria, pague o imposto devido.

5. A linha de entendimento supra é a defendida pelo relator. Submissão, contudo, ao posicionamento da egrégia Primeira Seção desta Corte Superior, 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 Min. Hélio Mosimann).

6. No entanto, embora tenha o posicionamento acima assinalado, rendo-me à posição assumida por esta Corte Superior e pelo distinto Supremo Tribunal Federal, pelo seu caráter uniformizador no trato das questões jurídicas no País, no sentido de que a correção monetária dos créditos escriturais do ICMS é incompatível com o princípio constitucional da não-cumulatividade (art. 155, § 2º, I, da CF/1988), entendimento esse que se aplica ao IPI (art. 153, § 3º, III, da CF/1988), cujos cálculos de ambos são meramente contábeis.

7. Recurso especial não provido, com a ressalva do meu ponto de vista.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. 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 Francisco Falcão, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília-DF, 3 de setembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro José Delgado, Relator.

Publicado no DJ de 21.10.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial interposto por Induma Indústria de Madeiras S/A, com fulcro no art. 105, III, a, da Carta Magna, contra v. acórdão que acatou o pedido de aproveitamento de créditos de IPI originados no momento da entrada de insumos tributados utilizados na produção de mercadorias isentas, sem deferir, contudo, os juros compensatórios e a correção monetária sobre os mesmos, por se tratar de meros saldos escriturais e não de débito tributário devidamente constituído.

No especial, alegou-se violação aos arts. 66, § 4º, da Lei n. 8.383/1991; 108, IV, do CTN, e 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995.

O recurso especial foi inadmitido, tendo o eminente Vice-Presidente do Tribunal-recorrido assentado que: “conforme se verifica do teor da certidão de fl. 7.327, o Recorrente foi intimado para completar o preparo do recurso especial no prazo de cinco dias, o que deixou de fazê-lo (fl. 7.335). Decorrentemente, julgo-o deserto, a teor do disposto no art. 511, § 2º, do CPC, e da Súmula n. 187 do STJ. Ante o exposto, não admito o recurso especial”.

No agravo de instrumento ofertado contra o despacho acima, proferi a seguinte decisão:

“Constitucional, Tributário e Processual Civil. Agravo de instrumento. Porte de retorno e remessa. Erro de digitação. Recolhimento em código diverso. Inaplicabilidade. Deserção afastada. ICMS. Correção monetária. Saldo credores escriturais. Matéria de direito local. Precedentes.

1. Agravo de instrumento no intuito de reformar decisão que inadmitiu recurso especial.

2. A Recorrente efetivou a complementação das custas dentro do prazo determinado, no valor correto, sendo que, na guia com a referida complementação, constou o código de preparo (1.505) e não o de porte e remessa e retorno (8.021).

3. Realização da complementação do depósito. Inocorrência de prejuízo ocasionado ao Judiciário, que teve as despesas devidamente recolhidas.

4. A jurisprudência desta Corte Superior entende que o fato de haver erro quanto ao código de receita não pode ser levado em consideração para fins de deserção do recurso, caso o valor tenha sido efetuado no prazo legal e no valor exigido.

5. Entendimento do relator de que a não-correção monetária de créditos do ICMS, em regime de moeda inflacionária, quer sejam lançados extemporaneamente ou não, fere os princípios da compensação, da não-cumulatividade e do enriquecimento sem causa.

6. A permissibilidade de corrigir-se monetariamente o crédito do ICMS pela entrada de mercadoria visa a impedir-se 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.

7. O crédito do ICMS é uma ‘moeda’ adotada pela lei para que o contribuinte, mediante o sistema de compensação com o débito apurado pela saída da mercadoria, pague o imposto devido.

8. A linha de entendimento supra é a defendida pelo relator. Submissão, contudo, ao posicionamento da egrégia Primeira Seção desta Corte Superior, 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 Min. Hélio Mosimann).

9. Agravo de instrumento conhecido e provido para ser apreciado o recurso especial, ao qual se nega seguimento.”

A Empresa-recorrente interpôs embargos da decisão, aduzindo que os autos tratavam de correção monetária dos créditos do IPI e não do ICMS, aos quais, em juízo de retratação, recebi os aclaratórios com efeitos infringentes para o fim de revogar a decisão embargada, tornando-a sem

efeito, e determinando a conversão do agravo de instrumento no presente recurso especial, para fins de melhor apreciá-lo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): O apelo extremo trata de pedido de aproveitamento de créditos de IPI originados no momento da entrada de insumos tributados utilizados na produção de mercadorias isentas, sem deferir, contudo, os juros compensatórios e a correção monetária sobre os mesmos, por se tratar de meros saldos escriturais e não de débito tributário devidamente constituído.

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. 6/14):

‘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	= <u>100,00</u>
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
<i>Total de IPI recebido pela União</i>	= 20,00

E nisto 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, imagine-mos 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:

$$\text{R\$ } 20,00 + (30\% \times \text{R\$ } 20,00) = \text{R\$ } 26,00$$

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% x R\$ 10,00)	= 13,00
do contribuinte	= 16,00
<i>Total de IPI recebido pela União</i>	= 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). Isto 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 isto 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 auferiu 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 à 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.⁷

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, de 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. Cesar Asfor Rocha, DJU 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**, 29^a 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 DJU de 5.2.1996, 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 monetário visa, exclusivamente, manter no tempo o valor real da moeda. Precedentes.

II – Recurso conhecido e provido.’

b) REsp n. 68.033-SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 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 ‘acréscimo’,

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 (direito 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 imponible, 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 irretrocável, 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 (cf. 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 perspectiva 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 confluuiu para a uniformização da jurisprudência em favor da tese favorável à admissão da correção monetária dos critérios retardatários. Deu-se isso no julgamento, a 21.8.1990, dos EREsp n. 1.472, 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 prevaiente 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, consequentemente, 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, quicá 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 proscree 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 Martins**, 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 expandidas, nossa resposta à indagação da consultente.’

Por tais fundamentos, dou provimento ao recurso.’

Penso que tudo o que foi desenvolvido no voto supramencionado, 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 19.8.2002, 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 as 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 19.8.2002, 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, § 3º, inciso II), dispondo a lei de forma 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 (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 7.2.2000, rel. Min. Garcia Vieira).

Registro, também, julgados do colendo STF que, não obstante tratem do ICMS, aplicam-se ao IPI, cujos cálculos de ambos são meramente contábeis:

“Recurso extraordinário. ICMS. Correção monetária dos créditos escriturais.

1. Não ofende os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, o disposto no artigo 557, **caput**, do Código de Processo Civil, com as alterações da Lei n. 9.756/1998.

2. No mérito, a jurisprudência de ambas as Turmas, citada no despacho agravado, não foi superada pelo julgado mencionado nas razões de agravado.

Agravo regimental desprovido.’ (AgRg no RE n. 298.645-SP, Primeira Turma, rel.^a Min.^a Ellen Gracie, DJ de 1.2.2002).

“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 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 4.12.2001).

“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 AgCr n. 273.297-MG, Primeira Turma, rel.^a Min.^a 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 contribuinte, 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 24.5.2002).

“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 Ag n. 279.226-SP, Primeira Turma, rel.^a Min.^a Ellen Gracie, DJ de 24.5.2002).

“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 da 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.^a Min.^a Ellen Gracie, DJ de 26.4.2002).

“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 9.11.2001).

“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 porque 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 RE 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/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/1994 (RE n. 213.583, rel. Min. Maurício Corrêa, e AgRg no Ag n. 181.138, rel. Min. Moreira Alves).

– Recurso conhecido e provido.” (RE n. 280.988-RS, Primeira Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18.6.2001).

– Constitucional. Tributário. ICMS. Créditos acumulados: correção monetária.

I – Créditos acumulados: inexistência de correção monetária. Precedentes do STF.

II – RE provido. Agravo não provido.” (AgRg no RE n. 306.902-SP, Segunda Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 1.2.2002).

– Tributário. ICMS. Correção monetária de créditos. Sua vedação. Precedente do STF. Fundamentos da decisão agravada não afastados. Regimental não provido.” (AgRg no Ag n. 307.816-RS, Segunda Turma, rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 8.6.2001).

Assim, com base nos julgados deste Sodalício e do distinto STF, há de se concluir que *o art. 153, § 3º, 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 colenda 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.

É como voto.

