

Jurisprudência da Segunda Turma

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO
ESPECIAL N. 159.394-PR (1997/0091534-4)**

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Embargante: José Haraldo Carneiro Lobo

Advogados: Gil José Simon Zanetti e outros

Embargado: Banco Central do Brasil

Advogados: Francisco Siqueira e outros

EMENTA

Processual Civil — Embargos de declaração — Caderneta de poupança — Cruzados bloqueados — Acórdão sob fundamento constitucional.

1. Acolhem-se os embargos declaratórios, imprimindo-lhes efeito infringente para, reconhecendo tratar-se de acórdão sob fundamento constitucional, não conhecer do recurso especial.

2. Mudança de orientação da Relatora, para alinhar-se à orientação desta Corte no sentido de que o exame do especial depende da natureza da abordagem da tese jurídica pelo acórdão recorrido, o que irá definir a competência para interposição dos recursos derradeiros.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos.

4. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Francisco Peçanha Martins, acolher os embargos declaratórios, com efeitos modificativos, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Franciulli Netto e Paulo Medina (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra-Relatora. Não participou do julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz. Não participou, nesta assentada, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 21 de agosto de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Camon, Presidente e Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Esta Turma deu provimento a recurso especial interposto pelo Banco Central do Brasil — Bacen em acórdão assim ementado:

“Econômico. Processual Civil. Caderneta de poupança. Plano econômico. Correção monetária dos cruzados bloqueados. BTNF. Lei n. 8.024/1990. Arts. 6º, § 2º. Recurso conhecido e provido.

I - A Primeira Seção assentou que os cruzados bloqueados em virtude do denominado ‘Plano Collor’ devem ser atualizados monetariamente pela variação do BTNF, de acordo com o art. 6º, § 2º, da Lei n. 8.024/1990 (REsp n. 124.864/PR, julgado em 24.06.1998). Concluiu-se que, com a entrada em vigor dos dispositivos mencionados (**factum principis**) houve o rompimento do contrato de depósito, não se podendo cogitar de direito adquirido à atualização pelo IPC.

II- Recurso especial conhecido e provido”. (Fl.178)

Inconformados, José Haraldo Carneiro Lobo e outros interpõem embargos de declaração, alegando que, tratando os autos de matéria exclusivamente constitucional, não poderia o recurso interposto ser objeto de apreciação por este Superior Tribunal de Justiça.

Requer neste sentido que os embargos tenham efeito modificativo para não se conhecer do recurso interposto pelo Bacen, caso contrário restará configurada a negativa de prestação jurisdicional, artigo 5º, XXXV, da CF/1988.

Deve-se, ainda, apreciar a omissão do recorrente em não ter juntado aos autos as cópias das decisões que nortearam o acórdão do TRF da 4ª Região, e que deveriam integrar as razões de recurso sob pena de não conhecimento do mesmo, na medida em que estas peças são imprescindíveis para o correto julgamento da lide.

Alega o embargante que esta omissão é capaz de ensejar a nulidade da decisão proferida e traz a lume precedentes deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal onde se afirma a necessidade, no ato da interposição de recurso, da juntada das referidas cópias.

Determinei a intimação da parte contrária, diante da possibilidade de conceder-se efeito modificativo aos presentes embargos, tendo ela apresentado suas contra-razões (fls. 203/208). É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Analisando o voto recorrido, verifica-se que o tema do recurso especial interposto, violação aos arts. 6º e 9º da Lei n.

8.024/1990, foi enfrentado pelo Tribunal **a quo** sob o enfoque constitucional, inclusive citando-se, como fundamentação, acórdãos proferidos em arguição de inconstitucionalidade da lavra do hoje Ministro Ari Pargendler.

Destacam-se ainda, os embargos declaratórios opostos pelo Bacen, acolhidos ao entendimento de que houve omissão do julgado recorrido quanto à constitucionalidade do critério de correção monetária dos valores bloqueados.

Desta forma, não deveria ter sido conhecido o presente especial, eis que os dispositivos indicados foram analisados exclusivamente sob a ótica constitucional, matéria passível de exame, portanto, apenas pela Corte Suprema, conforme arestos que transcrevo:

“Recurso especial. Rendimentos de caderneta de poupança. Cruzados novos bloqueados. Correção dos depósitos. Banco Central. Legitimidade passiva. Ofensa aos princípios da irretroatividade das leis e do direito adquirido. Matéria constitucional.

O Banco Central é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação em que se questiona sobre bloqueio de cruzados novos.

A revisão de decisão assentada em fundamentos constitucionais é mister reservado ao Supremo Tribunal Federal, por via do recurso extraordinário, não se conhecendo do recurso especial, no âmbito deste Superior Tribunal.”

(REsp n. 89.078/SP Relator Ministro Helio Mosimann, Segunda Turma, unânime, DJ de 28.06.1999, p. 75).

“Alienação fiduciária. Prisão civil. Pacto de São José da Costa Rica. Fundamento constitucional.

1. Estando o acórdão amparado em fundamento inteiramente constitucional não é cabível o recurso especial.

2. Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 182.685/MG, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, unânime, DJ de 13.12.1999, p. 142).

Execução. Contrato de abertura de crédito. Taxa de juros.

“Contrato de abertura de crédito não constitui título executivo, ainda que subscrito pelo devedor e por duas testemunhas e acompanhado dos demonstrativos de evolução do débito. Precedentes da Segunda Seção.

Fundamento constitucional que desafia tão-somente a interposição de recurso extraordinário e não do especial.

Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 164.880/RS. Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, unânime, DJ de 13.12.1999, p. 152).

Tanto é verdadeira a assertiva, que vem o STF examinando os recursos extraordinários nas ações em que se discute o direito à correção monetária das cadernetas de poupança quando a matéria é examinada sob o enfoque constitucional. Senão, vejamos:

“Caderneta de poupança. Direito adquirido.

O Plenário desta Corte já firmou o entendimento de que o princípio constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito (e, portanto, ao direito adquirido) se aplica também às leis de ordem pública. Correto, pois, o acórdão recorrido ao julgar que, no caso, ocorreu afronta ao direito adquirido, porque, com relação à caderneta de poupança, há contrato de adesão entre o poupador e o estabelecimento financeiro, não podendo, assim, ser aplicada a ele, durante o período para a aquisição da correção monetária mensal já iniciado, legislação que altere, para menor, o índice dessa correção.

Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

Recurso extraordinário não conhecido.”

(RE n. 241.892/SC, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, unânime, DJ de 18.02.2000).

Esclareço, em atenção às contra-razões do embargado e para não causar perplexidade diante de decisões anteriores minhas, que reformulei o posicionamento quanto ao tema, passando a considerar a orientação desta Corte no sentido de que o exame do especial depende da natureza da abordagem da tese jurídica pelo acórdão recorrido, o que irá definir a competência para interposição dos recursos derradeiros.

Quanto ao outro ponto suscitado nos embargos declaratórios, inocorrência da juntada dos precedentes pelo Bacen no especial, entendo que o mesmo não seria óbice ao conhecimento do recurso, se fosse o caso, diante da fundamentação do acórdão recorrido, suficiente, por si só, para a compreensão da controvérsia.

Em conclusão, acolho os embargos de declaração para, concedendo-lhes efeito modificativo, não conhecer do recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: José Haraldo Carneiro Lobo e outros manifestam embargos de declaração ao acórdão que deu provimento ao recurso especial interposto pelo Banco Central do Brasil, onde se determinou a incidência do BTNF na correção monetária das contas de poupança bloqueadas em decorrência da edição do chamado “Plano Collor”.

Após o voto da Relatora, Ministra Eliana Calmon, no sentido de acolher os embargos, imprimindo-lhes efeitos infringentes, para não conhecer do recurso especial do Bacen, visto que o Tribunal de origem teria solucionado a controvérsia sob

prisma exclusivamente constitucional, pedi vista dos autos por não me sentir habilitado a votar na sessão de julgamento.

Desde logo, é importante ressaltar que o Banco Central atacou o acórdão do Tribunal Federal da 4ª Região simultaneamente com recurso especial e extraordinário, este não admitido, decisão contra a qual se manejou agravo de instrumento dirigido ao STF (fl. 158).

Do exame do que se contém nos autos, constata-se que o Tribunal **a quo** dirimiu a controvérsia sob o enfoque da inconstitucionalidade da Lei n. 8.024/1990, entendendo que o bloqueio dos ativos financeiros foi, na realidade, um verdadeiro empréstimo compulsório, de caráter ilegal, por não se revestir dos requisitos previstos na Constituição Federal em seu art. 148, I e II, enfatizando, ainda, a afronta aos princípios da igualdade e da segurança.

Embora tenham razão os poupadores, quanto à existência de matéria eminentemente constitucional no aresto da apelação, tenho que não merece abrigo a pretensão declaratória.

Na verdade, os recorridos, ora embargantes, não apresentaram contra-razões ao recurso especial do Bacen, fl. 154, encontrando-se preclusa a matéria aqui suscitada.

Neste sentido:

A - “Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Omissão incorrente. Rejulgamento da causa com base em fundamento de índole essencialmente constitucional. Impossibilidade.

1. A questão cujo pronunciamento se requer, na via declaratória, não foi devolvida a esta instância especial através das razões ou das contra-razões recursais. Descabida, portanto, a alegativa de omissão no julgado.

2. Os embargos declaratórios não se prestam para forcejar o exame de temática centrada na Constituição Federal, máxime quando o aresto embargado não o tiver abordado.

3. Embargos de declaração rejeitados. Decisão unânime.” (EDcl no REsp n. 134.139/SP DJ de 11.05.1998, Relator o Ministro Demócrito Reinaldo)

B - “Processual. Embargos. Escopo infringente, impossibilidade de exame de matéria não suscitada na época certa. Divergência jurisprudencial devidamente demonstrada.

— Os embargos de declaração constituem recurso de integração, não de substituição. Não servem, portanto, para discutir questão não suscitada quando das contra-razões ao recurso especial.

— Deve ser conhecido o recurso especial interposto pela alínea **c**, do permissivo constitucional, se o dissídio jurisprudencial restou demonstrado.”

(EDcl no REsp n. 94.446/SP, DJ de 02.03.1998, Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros).

No tocante à ausência de cópias do inteiro teor dos precedentes a que se reportou o acórdão da apelação, não vejo, no ponto, nenhum empecilho para análise de demanda. Ademais, a correção monetária dos ativos financeiros retidos é matéria conhecida, e já foi objeto de inúmeros e reiterados julgados desta Corte, não sendo suscitada na primeira oportunidade em que os autores falaram nos autos, mas apenas nos presentes declaratórios.

É cediço que os embargos de declaração constituem recurso de integração, não de substituição. Embora a doutrina e a jurisprudência admitam a sua interposição com propósito infringente, para que isso ocorra, impõe-se que o pedido declaratório seja calcado em um dos vícios que autorizam seu manejo, inexistentes na hipótese.

Pelo exposto, pedindo vênia à Ministra Eliana Calmon, rejeito os embargos.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de embargos declaratórios fundados no artigo 535, incisos I e II, do estatuto processual civil, opostos por autores de ação ordinária em que figuram como recorridos em recurso especial movido pelo Banco Central do Brasil.

O **suso** mencionado recurso acolheu a pretensão do Bacen para determinar a atualização monetária dos cruzados bloqueados pelo denominado *Plano Collor*, com base na variação do BTNEF aplicando-se, por conseguinte o artigo 6º, § 2º, da Lei n. 8.024/1990 (fls. 162/178 — REsp n. 159.394/PR, Relator para acórdão, o Ministro Adhemar Maciel).

Em que pese a esse desate, os recorridos, inconformados, apresentaram os presentes embargos com caráter modificativo, augurando o não-conhecimento do recurso especial, uma vez que o v. acórdão oriundo da Corte de origem apreciou a pretensão deduzida sob o enfoque constitucional, circunstância a obstar o exame da controvérsia pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça e, bem assim, a necessidade da juntada de cópia das decisões aludidas pelo Bacen em suas razões recursais (fls. 180/194).

Redistribuído o feito à ilustre Ministra Eliana Calmon, a douta Relatora se posicionou no sentido de acolher os embargos e conceder o efeito modificativo ao julgado, para o fim de não conhecer do recurso especial diante do enfoque dado pelo Tribunal **a quo** acerca do tema jurídico trazido para deslinde, circunstância que repercutiu em cheio na definição da competência recursal.

De outra parte, o não menos ilustre Ministro Paulo Gallotti, afastou a pretensão deduzida pelos embargantes asseverando que, embora os poupadores tenham

razão quanto à existência de matéria constitucional, ante a ausência das contra-razões do recurso especial por parte dos ora embargantes, encontrava-se preclusa a questão suscitada.

Em decorrência, pedi vista dos autos com o fito de fazer um exame mais acurado da possibilidade, no particular, de se emprestar efeito modificativo aos embargos declaratórios.

Em inúmeros pronunciamentos já espousei o entendimento de que os embargos de declaração podem ter caráter infringente e modificativo do julgado, desde que ocorram as seguintes eivas em conjunto ou separadamente: obscuridade, contradição ou omissão (artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil). Sanada a pecha, se daí resultar modificação do julgado, os embargos poderão ter efeito modificativo.

No caso, os embargantes pautam a sua irrisignação no fato de que “não restam dúvidas de que toda a discussão trazida pelo autor em sua inicial de fls. 02/17 girou em torno de apontadas violações constitucionais decorrentes da edição da Medida Provisória n. 168/1990, posteriormente transformada na Lei n. 8.024/1990” (fls. 184).

A omissão suscetível de ser afastada por meio de embargos declaratórios são as contidas entre os próprios termos ou entre a fundamentação e a conclusão do acórdão embargado. Não se imiscuem com a valoração da matéria debatida e apreciada.

Há de ficar sempre presente a insuperável lição do saudoso **Pontes de Miranda**: “O que se pede é que se declare o que foi decidido, porque o meio empregado para exprimi-lo é deficiente ou impróprio. Não se pede que se redecida; pede-se que se reexprima”, observando em outro passo, com a acuidade que o notabilizou, que, “se permitido fosse, em embargos declaratórios, rejulgar, ferido de frente ficaria o direito processual brasileiro (cf. “*Comentários ao Código de Processo Civil*”. Ed. Forense, vol. VII. pp. 399/400).

No caso dos autos, denota-se, sem maior esforço que a Corte **a quo** ao tratar da Lei n. 8.024/1990, inegavelmente julgou a pretensão deduzida sob a índole constitucional, asseverando que “o bloqueio instituído por tal lei foi considerado inconstitucional por todos os Tribunais Pátrios” (fl. 123). Essa circunstância, aliás não encontra um posicionamento dissonante por parte dos Ministros que antecederam esse voto.

A divergência, todavia, reside no fato de que o ilustre Ministro Paulo Gallotti conclui no sentido de que embora a matéria seja constitucional, na verdade encontra-se preclusa, pois que não apresentadas contra-razões ao recurso especial do Bacen.

Data maxima venia do r. entendimento esposado pelo ilustre Ministro Paulo Gallotti, no particular, filio-me ao posicionamento adotado pela digna Ministra-Relatora.

É que, na verdade, a simples ausência de resposta ao recurso especial por parte dos ora embargantes, por si só não possui a força de configurar a ocorrência de preclusão.

No intuito de dilucidar a assertiva, é de bom conselho trazer à balha o magistério sempre atual de **José Frederico Marques** no sentido de que “preclusão inexiste, no entretanto, quando o pronunciamento do juízo **a quo** possa restringir poderes imanentes ao juízo **ad quem**, para o controle jurisdicional sobre sua própria atividade no processo” (cf. “Instituições de Direito Processual Civil”, Millennium Editora. 1ª ed., atualizada por **Ovídio Rocha Barros Sandoval**, p. 353). Mais adiante, acrescenta que “se no juízo **a quo** foi repelida argüição sobre a incompetência da justiça local, e não houve agravo contra essa decisão poder tem o juízo **ad quem** de reexaminar a questão para verificar se, como tribunal estadual, cabe-lhe processar e julgar o litígio. É o que também aconteceria se o juízo de 1ª grau entendesse de sua competência originária, o processo e julgamento de lide que deveria ser objeto de ação a ser proposta perante órgão de 2ª grau, porquanto este teria de examinar sua competência recursal **in casu**” (ob. cit. p. 354).

Assim, não há obstáculo ao reconhecimento de que o tema ventilado no v. acórdão do Tribunal de origem é de índole constitucional, pelo simples fato de não ter sido argüido em contra-razões recursais.

Não merece acolhida a alegação dos embargantes no sentido da necessidade de juntada de cópia das decisões aludidas pelo Bacen em suas razões recursais, sob pena de não-conhecimento do especial.

É que, consoante se depreende dos termos do v. julgado atacado, estão bem evidenciados os limites do tema trazido para deslinde, não oferecendo maiores digressões à matéria.

Pelo que precede, **data maxima venia**, acompanho a Ministra-Relatora para acolher os embargos declaratórios, concedendo-lhes efeito modificativo e, por conseguinte, não conhecer do recurso especial ajuizado pelo Banco Central do Brasil.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Tendo o eminente Ministro Gallotti divergido da eminente Relatora argüindo preclusão em desfavor dos Embargantes pelo fato de não terem oferecido contra-razões ao recurso especial, pedi vista dos autos para melhor exame.

Trago-os hoje, tão logo recebidos para manifestar-me de acordo com o voto da Relatora pelas razões apresentadas também pelo eminente Ministro Franciulli, que, em bem lançado voto, como, aliás, são os de sua lavra, afastou o argumento da preclusão invocado pelo eminente Ministro Gallotti, com os ensinamentos do Mestre **Frederico Marques**.

Acrescento que as contra-razões constituem argumentos de defesa das decisões atacadas nos recursos competentes. E tanto assim é que o julgador não pode piorar a situação do Recorrente. Trata-se de velho brocardo latino — **reformatio in pejus** — inspirador da Súmula n. 45 do STJ. Tenha ou não apresentado contra-razões, a parte tem o direito de recorrer da decisão, como fizeram os ora Embargantes.

Mas não concordo, **data maxima venia**, com o recebimento dos embargos declaratórios.

É que não se caracteriza qualquer dos defeitos autorizadores dos embargos. O acórdão decidiu a lide sem omissão, contradição ou obscuridade. E o fez com apoio em julgado da egrégia Primeira Seção com o qual não concordei e já fui, inclusive, vencido em julgamento realizado na Corte Especial. O fato, porém, é que se trata de uma decisão da egrégia Primeira Seção e serviu de apoio ao acórdão embargado. A circunstância de haver o acórdão recorrido abordado matéria constitucional, não justifica, a meu ver, os embargos, cabíveis só quando omissos, contraditórios e obscuros.

O acórdão embargado pode ter aplicado mal o direito à espécie, mas o fez, não podendo ser acoimado de omissos. E o fez consoante jurisprudência da egrégia Primeira Seção, embora reformada pela Corte Especial.

Não há confundir-se nos seus efeitos, embargos de declaração e ação rescisória. Os embargos cabem nas hipóteses previstas na lei processual para reexprimir-se o acórdão. A sua modificação, em grau de embargos, só é possível excepcionalmente, quando a correção da omissão conduzir o raciocínio lógico desenvolvido no voto à alteração substancial do julgado. No caso dos autos, a jurisprudência do STJ, embora determinante da aplicação do IPC como índice medidor da inflação, jamais proclamou inconstitucional a Lei n. 8.024/1990.

De qualquer sorte, a matéria só poderá ser reexaminada, a meu ver, em ação rescisória, pelo que acompanho, na conclusão, o voto dissidente do eminente Min. Gallotti, rejeitando os embargos.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Medina: A discussão travada na presente ação cingiu-se à constitucionalidade ou não da MP n. 168/1990, transformada na Lei n. 8.024/1990, o que impede o conhecimento do presente recurso especial.

Verifica-se que o acórdão recorrido (fls. 104/109) reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 8.024/1990, remetendo a precedentes daquele TRF que consignava, de maneira expressa, a ofensa aos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica (arts. 5º e 6º, CF) e a inobservância do artigo 148, incisos I e II da CF.

A autarquia recorrente aviou embargos de declaração (fls. 113/115), cujo objeto pretendido consistiu na manifestação da Turma Julgadora sobre a “*constitucionalidade* do § 2º do art. 6º da Lei 8.024/1990”.

Os embargos foram acolhidos (fls. 118/121) pronunciando-se o TRF da 4ª Região pela inconstitucionalidade do parágrafo 2º do art. 6º da Lei n. 8.024/1990, o que impediria a aplicação do BTNF, impondo-se a correção dos saldos das poupanças pelo IPC.

A decisão recorrida estava a desafiar recurso extraordinário e não recurso especial, posto que os dispositivos legais foram analisados, exclusivamente, sob a ótica constitucional.

Assim, o acórdão proferido por esta Turma, relatado pelo ilustre Ministro Adhemar Maciel, incorreu em omissão e contradição, a autorizarem o conhecimento e provimento dos presentes embargos.

O voto condutor do acórdão, ao firmar a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento do recurso especial, *não se pronunciou sobre os pressupostos de admissibilidade do recurso propriamente dito*. Mas limitou-se a analisar a decisão recorrida.

Transcrevo trechos do voto mencionado:

“Efetivamente, Senhor Presidente, a douta Relatora do acórdão ora atacado, do TRF da 4ª Região, depois de afirmar que o bloqueio dos ativos financeiros havia sido declarado inconstitucional, encampou a tese do direito adquirido e, conseqüentemente, da impossibilidade da retroatividade da medida provisória:

(...)

Ainda que um tanto fora de hora, permito-me levantar uma preliminar de competência: poderia o STJ julgar caso em que a matéria de fundo, tal como decidida, gravita em torno de direito adquirido? Não estaríamos invadindo seara competencial do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVI, consagra expressamente que a ‘lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada?’

Senhor Presidente, como é do conhecimento de V. Exa., tenho, vencido, sustentado na Segunda Turma a tese de que em se tratando de recursos excepcionais — extraordinário e especial — a competência do Supremo Tribunal Federal só se firma quando o aresto diz, de modo expresso, que houve violação direta de tal ou tal dispositivo da Constituição. A violação não pode ser reflexa, indireta. Tem de ser frontal.

(...)

Coerente, pois, com meu entendimento expendido na Turma, tendo o STJ como competente para decidir esse recurso excepcional, uma vez que o *aresto* guerreado não invocou, em suas razões de decidir, de modo expresso, o inc. XXXVI do art. 5º da Constituição”.

O culto Relator reputou inexistente, *na decisão recorrida*, o prequestionamento explícito da questão constitucional, posta, no seu entendimento, de forma reflexa e não frontal. Em virtude desse argumento, conclui pela possibilidade de apreciação da questão pelo Superior Tribunal de Justiça. No entanto, não analisou, em nenhum momento, a existência de *questão federal* no recurso especial, hipótese que autorizaria a admissão do mesmo.

Ao conhecer do recurso especial nos moldes mencionados, o acórdão embargado firmou verdadeira competência *residual* deste egrégio Superior Tribunal de Justiça, o que não existe no ordenamento constitucional. As competências dos Tribunais Superiores estão exaustivamente traçadas e enumeradas na Constituição, não havendo como o STJ avocar competência que não lhe está afeta. Em outras palavras, cabe a este Tribunal decidir recurso especial no qual seja ventilada *questão federal*, não lhe incumbindo o julgamento de recurso em que a matéria tratada refira-se a *questão constitucional*.

A matéria tratada nos autos é passível do exame apenas pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, trago à colação acórdão desta Segunda Turma, da lavra do eminente Ministro Peçanha Martins, proferido no REsp n. 112.000/SC, DJ de 06.09.1999:

“(…)

Escapa ao âmbito de apreciação por este STJ, a alegação de ofensas a ‘direito adquirido’ quando à aplicação dos índices de correção monetária de períodos pretéritos, por se tratar de tema de natureza constitucional, a ser dirimido pelo Pretório excelso, que detém a competência constitucional para fazê-lo, **ex vi** do disposto no art. 102, III, CF.

(…)

A definição do índice aplicável (IPC ou BTN) para a correção monetária dos depósitos relativos às contas vinculadas ao FGTS, para os períodos de março de 1990 e seguintes, pendente de julgamento do STF, é matéria de natureza constitucional, somente abordável em recurso extraordinário.”

Posto isto, na esteira do entendimento fixado pela ilustre Relatora, dou provimento aos embargos de declaração, conferindo-lhes efeito modificativo e não conhecendo do recurso especial.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 7.031 — MT (1996/0024209-7)**

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrentes: Barreiro Material de Construção Ltda e outro

Advogados: Saladino Esgaib e outros

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso

Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso

Litisconsortes: Cimento Portland Mato Grosso S/A e outros

EMENTA

Tributário. ICMS. Cobrança antecipada. Substituição tributária. Art. 150, § 7º, da Constituição Federal. EC 03/1993.

1. É lícita a cobrança antecipada do ICMS, no regime de substituição tributária, cuja constitucionalidade foi reconhecida pela Suprema Corte, nos termos do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal e da EC 03/1993.

2. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

Publicado no DJ de 08.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso ordinário, com fulcro no art. 105, inciso II, alínea **b** do permissivo constitucional, combinado com o artigo 539

do CPC, interposto contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso que, ao julgar mandado de segurança impetrado com o objetivo de afastar o recolhimento antecipado de ICMS sobre futura revenda de produto a consumidores finais, no sistema de substituição tributária, denegou, por maioria, a segurança requerida, nos termos da seguinte ementa:

“Mandado de segurança. Autoridade coatora. Cobrança antecipada de ICMS.

Autoridade coatora é não só aquela que pratica o ato, mas, também, que tem poderes para desfazer o ato questionado.

Nos termos do art. 150, § 7º, da Constituição Federal, de acordo com a Emenda Constitucional n. 03/1993, é lícita a cobrança antecipada do imposto” (fl. 168).

Em suas razões, a Recorrente alega que a substituição tributária progressiva, ou “para frente”, viola o conceito de fato gerador da obrigação tributária por haver recolhimento do tributo antes de sua ocorrência e que exclusivamente lei complementar nacional deve regular a matéria, nos termos do art. 155, § 2º, XII, **b**, da Carta Magna, sendo incabível, para o caso, a aplicação do § 7º do seu art. 150.

Suscita, ainda, a desconformidade da legislação estadual com a autorização do § 8º, artigo 34 do ADCT/1988.

Pede, a final, o conhecimento e provimento do presente recurso para que seja concedida a segurança e a declaração **incidenter tantum** da inconstitucionalidade da EC n. 03/1993.

O douto representante do Ministério Público Federal manifestou-se no sentido do não-provimento do recurso, conforme parecer às fls. 199 a 201.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Como destacado no Relatório, a Recorrente sustenta que o regime de substituição tributária progressiva ou “para frente” contraria o conceito de fato gerador da obrigação tributária. Entende que o § 7º da EC 03/1993 “padece de inconstitucionalidade”.

O Tribunal **a quo** concluiu ser lícita a cobrança antecipada do ICMS, nos termos do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal e de acordo com a EC 03/1993.

A questão, portanto, cinge-se à legalidade do recolhimento antecipado do ICMS, no regime de substituição tributária.

Nesse ponto, a pretensão da Recorrente não encontra amparo na jurisprudência desta Corte, como bem demonstra o ROMS n. 9.428/ES, Relator o Ministro Franciulli Netto, publicado no DJ de 19.02.2001. A esse respeito, são precisas as considerações lançadas no voto condutor do acórdão, nos seguintes termos:

“A figura da substituição tributária, não recente em nossa história, assentase, dentre outras, em razões de praticidade para o Fisco, no intuito de otimizar a arrecadação, notadamente quanto à segurança contra práticas evasivas.

Assim, a imputação da norma tributária se faz a terceira pessoa (substituto), que não aquela que ordinariamente estaria sujeita à obrigação por ter vínculo direto com a situação constitutiva do fato gerador. Apesar de o Código Tributário Nacional não mencionar expressamente a figura do substituto, parte da doutrina a enquadra no artigo 121, em seu inciso II:

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

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

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

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

Tal dispositivo harmoniza-se com o previsto no art. 128:

‘Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário à terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação’.

O cerne das discussões, no entanto, não se faz em relação ao regime de substituição em si considerado, mas no que se refere à prática do recolhimento antecipado, pelo substituto, das exações devidas nas operações posteriores. A denominada substituição ‘para frente’ ganhou estatura constitucional com a Emenda n. 03/1993, que acrescentou ao artigo 150 o parágrafo sétimo, do seguinte teor:

‘A lei poderá atribuir a sujeito passivo da obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deve ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.’

Apesar da previsão constitucional, não foram estancados os questionamentos sobre a legitimidade da referida prática, e mesmo sobre sua conformidade com a Carta Magna.

O principal argumento colocado refere-se à legalidade e à tipicidade, uma vez que exige-se o tributo antes da ocorrência do fato gerador, além de ferimento aos princípios da capacidade contributiva, da não-cumulatividade, e até mesmo ferimento à vedação ao confisco.

Em que pese à oposição de parte da doutrina, o Pretório excelso vem reconhecendo a constitucionalidade do regime de substituição tributária, previsto na Constituição Federal, em seu art. 150, § 7º, e na legislação federal vigente...”.

O acórdão está assim ementado:

“Tributário. Imposto de circulação de mercadorias e serviços. Recolhimento antecipado. Regime de substituição tributária para a frente. Inconstitucionalidades afastadas pelo Supremo Tribunal Federal. Legitimidade reconhecida nas duas turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça.

O regime de substituição tributária, em que se procede ao recolhimento antecipado do tributo, tem sua constitucionalidade reconhecida por reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, igualmente encontra-se uniformizada a jurisprudência que reconhece legitimidade à sistemática, a qual encontra lastro na Emenda Constitucional n. 03/1993 (artigo 150, § 7º), e legislação federal vigente. Iterativos precedentes.

Recurso a que se nega provimento. Decisão unânime.”

Mais não é preciso acrescentar para realçar ser lícita a cobrança antecipada do ICMS, no regime de substituição tributária, cuja constitucionalidade foi reconhecida pela Suprema Corte, nos termos do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal e da EC 03/1993.

Diante do exposto, *nego provimento ao recurso*.

É como voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 10.832 — AC (1999/0038348-6)**

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Teleacre Celular S/A

Advogados: Maria José de Andrade Geraldês e outros

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Acre

Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado do Acre

Recorrido: Estado do Acre

Advogados: Felix Almeida de Abreu e outros

EMENTA

Processo Civil e Tributário. Mandado de segurança. ICMS. Convênio n. 69/1998 — Confaz. Habilitação. Telefonia móvel celular. Impetração contra lei em tese. Inocorrência.

— É cabível mandado de segurança contra norma tributária de aplicabilidade imediata, capaz de produzir efeitos concretos na esfera patrimonial dos contribuintes, o que afasta a aplicação da Súmula n. 266/STF Precedentes do STJ.

— A impetração prescinde de ato administrativo concreto, principalmente se voltar-se contra tributo lançado por homologação, que impõe o pagamento antecipado da exação, antes mesmo de qualquer ato ou procedimento da autoridade fiscal competente.

— A Recorrente é empresa concessionária do serviço de telefonia móvel celular, portanto, destinatária da norma do Convênio n. 69/1998, o que torna justo o seu receio de vir a ser tributada por norma que entende indevida. Não há como negar-lhe a via do mandado de segurança preventivo.

— Recurso a que se dá provimento, para que a Corte de origem aprecie o mérito da impetração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João

Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

Publicado no DJ de 08.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição da República, interposto por Teleacre Celular S/A, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

O mandado de segurança foi impetrado contra ato do Secretário de Fazenda do Estado do Acre, que teria aprovado, no âmbito do Confaz, o Convênio n. 69/1998 (DOU de 29.06.1998), que estabelece a cobrança do ICMS sobre a habilitação da telefonia móvel celular, inclusive sobre habilitações anteriores à publicação do Convênio.

O Tribunal de Justiça do Estado do Acre, ao apreciar a ação de segurança, extinguiu o processo, por entender que a impetração deu-se contra lei em tese. O Acórdão guerreado encontra-se assim ementado:

“Mandado de segurança preventivo. Secretário de Estado da Fazenda. Convênio n. 69/1998 — Confaz — Telefonia móvel celular. Espécie do gênero telecomunicações. ICMS. Inclusão. Hipótese de incidência. Obrigação tributária inexistente. Situação abstrata. Lei em tese. Inadmissibilidade da mandamental. Mandado de segurança não conhecido.

1. A inclusão, no convênio — Confaz, do serviço de habilitação de telefonia móvel celular, espécie do gênero telecomunicações como hipótese de incidência do ICMS, não gera obrigação tributária, revestindo-se de norma em tese caracterizada pela abstração e generalidade, uma vez que dependendo o recolhimento do imposto, da atuação da autoridade fazendária para a eficácia concreta, direta e imediata de norma, não comportando a segurança contra lei em tese, a teor do artigo 266, do Supremo Tribunal Federal.

2. Mandado de segurança não conhecido, desconstituindo-se a liminar antes deferida.”

Irresignada, a Recorrente interpôs o presente recurso ordinário, em que sustenta não tratar-se o caso dos autos de impetração contra lei em tese, vez que se encontra em curso uma autuação da Receita Estadual. Aduz, ainda, quanto à ques-

tão de fundo, a ilegalidade da cobrança do ICMS sobre a habilitação de telefonia móvel celular, já que o Confaz não tem competência para legislar e definir o campo tributável desse imposto.

O Estado do Acre, em contra-razões, sustenta o acerto do acórdão guerreado, por não se admitir mandado de segurança contra lei em tese (Súmula n. 266 do STF).

No parecer de fls. 209/216, o ilustre representante do Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Pretende a Recorrente rescindir acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, que extinguiu a ação de segurança, por entender que a impetração deu-se contra lei em tese.

O recurso merece ser provido.

A questão dos autos não cuida de impetração contra lei em tese. A impetrante volta-se, preventivamente, contra a cobrança de ICMS sobre a habilitação da telefonia móvel celular, em face da normatização contida no Convênio ICMS n. 69/1998 — Confaz.

A própria atividade empresarial da Recorrente (empresa concessionária de telefonia móvel celular) está a demonstrar que a mesma se encontra, ou pelo menos se encontrava à época da impetração, na iminência de ser compelida ao pagamento do imposto, principalmente por se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que se exige pagamento prévio, antes mesmo de qualquer atividade por parte da administração fazendária.

A legislação tributária — para abranger as demais tipologias normativas elencadas no art. 96 do CTN — por força da plena e imediata vinculação e obrigatoriedade do lançamento, cria, desde o início de sua vigência, fundado receio de medidas constritivas ao patrimônio do contribuinte ou responsável, de modo a legitimar a impetração preventiva.

Os sujeitos passivos da futura obrigação tributária, encontrando-se na iminência de sofrer a incidência fiscal, apressam-se em afastar o iminente perigo de serem alcançados por uma norma que entendem indevida e, para tanto, fazem uso da ação de segurança. No sentido de entender legítima a impetração preventiva em casos como o presente, esta Corte tem inúmeros precedentes, que aceitam a lei tributária que entrará em vigor como uma norma jurídica de efeito concreto. Um dos mais recentes encontra-se assim ementado:

“Processo Civil e Tributário — Mandado de segurança — Art. 1º da Lei n. 1.533/1951 — Cabimento.

1. É cabível mandado de segurança contra lei tributária capaz de produzir efeitos concretos na esfera patrimonial dos contribuintes, o que afasta a aplicação da Súmula n. 266/STF.

2. Recurso conhecido e provido.”

(STJ — Segunda Turma, REsp n. 56.096/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, Rel. para o acórdão Min. Eliana Calmon, J. por maioria em 15.10.2002, DJ de 31.03.2003, p. 181)

No mesmo sentido:

“Recurso ordinário em mandado de segurança — Pretendida reforma da decisão que entendeu por indeferir **in limine** mandado de segurança, por configurar impetração contra lei em tese (Lei Municipal n. 3.123/2000 — Transformação dos taxistas auxiliares em autônomos) — Recurso conhecido e provido para descaracterizar a impetração contra lei em tese — Determinada a remessa à corte de origem para apreciação do mérito do pleito mandamental — Precedente da Segunda Turma.

A propósito, advertiu a Ministra Eliana Calmon, por ocasião do julgamento do RMS n. 15.684/RJ, que “embora seja necessário ato administrativo consistente na liberação da permissão, a norma é auto-aplicável e independe de regulamentação”.

Na mesma linha de raciocínio, é o r. Parecer da douta Subprocuradoria Geral da República, na parte em que assevera que “não há que se falar em lei em tese (carente de regulamentação), tendo em vista a auto-aplicabilidade da Lei n. 3.123/2000 denotada pelos efeitos concretos que estão aptos a serem produzidos pelo ordinário cumprimento do disposto em seus artigos” (fl. 411).

Recurso provido, para que a Corte de origem aprecie o mérito da ação mandamental.”

(STJ — Segunda Turma, ROMS n. 15.505/RJ, Rel. Min. Franciulli Netto, J. à unanimidade em 13.05.2003, DJ de 23.06.2003, p. 297)

“Processual Civil — Recurso especial — PIS — Mandado de segurança — Cabimento — Violação aos arts. 535 do CPC e 1º da Lei n. 1.533/1951 configuradas — Precedentes STJ.

— *É cabível o mandado de segurança impetrado com a finalidade de afastar situação individual, concreta e objetiva em relação a determinado contribuinte, visando ao não-recolhimento do PIS, ainda que inconstitucional a lei que o instituiu, não se configurando impetração contra ‘lei em tese’.*

— Assim, configurada a violação ao art. 1º da Lei n. 1.533/1951, conhecimento e dou provimento ao recurso determinando o retorno dos autos ao Tribunal **a quo** para que seja apreciado o mérito, como entender de direito.

— Recurso especial provido.” (Original sem grifos)

(STJ — Segunda Turma, REsp n. 259.719/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, J. à unanimidade em 1º.04.2003, DJ de 26.05.2003, p. 298)

No caso presente, o Convênio ICMS n. 69/1998 — Confaz, listou como serviço de comunicação tributável a habilitação da telefonia móvel celular, com força no art. 2º, inciso III, da Lei Complementar n. 87/1996 e no art. 60, **caput** e parágrafo 1º, da Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações). Sem adentrar a análise de mérito, verifica-se que, a partir da ratificação do Convênio pelo Governo do Estado do Acre, o mesmo passa a surtir os seus regulares efeitos e a incidir sobre as situações de fato que se amoldam à previsão normativa.

A Recorrente, como afirmado, é empresa concessionária do serviço de telefonia móvel celular, portanto, destinatária da norma do Convênio n. 69/1998. Por ser norma de aplicabilidade imediata, sendo desnecessária qualquer regulamentação futura, torna-se fundado e justo o receio da Recorrente de vir a ser tributada por norma que entende indevida. Não há como negar-lhe a via do mandado de segurança preventivo.

A situação também não está a reclamar um ato administrativo específico para que se possa afastar o argumento de impetração contra lei em tese. O Convênio n. 69/1998 tem por objeto normas relativas ao ICMS, tributo cujo lançamento por homologação impõe ao contribuinte ou responsável a antecipação do pagamento do imposto devido, antes mesmo de qualquer ato ou procedimento por parte da autoridade fiscal competente.

Não há que se falar, portanto, de impetração contra lei em tese (carente de regulamentação), tendo em vista a auto-aplicabilidade do Convênio ICMS n. 69/1998 — Confaz, cujos efeitos concretos estão aptos a serem produzidos pelo ordinário cumprimento do disposto em seus artigos.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso*, para que a Corte de origem aprecie o mérito da ação mandamental.

É como voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 12.970 — RJ (2001/0031582-8)**

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrentes: Robson Carlos dos Santos Braga e outro
Advogados: Joseph William Cabral dos Santos e outro
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro
Recorrido: Estado do Rio de Janeiro
Procuradores: José Roberto P. C. Faveret Cavalcanti e outros

EMENTA

Tributário. IPVA. Forma de lançamento.

1. O crédito tributário do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores constitui-se de ofício, sujeitando-se às prescrições legais dessa modalidade de lançamento.

2. Recurso ordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

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

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

Publicado no DJ de 22.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Robson Carlos dos Santos Braga e outro impetraram mandado de segurança com pedido de liminar contra o Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro impugnando a cobrança antecipada do IPVA/1999, sem que tivessem sido previamente intimados, pleiteando a abstenção

da autoridade coatora, ou de seus agentes delegados, de apreender os veículos de suas propriedades e de promoverem a cobrança administrativa ou judicial do tributo, permitindo a vistoria das viaturas para que possam trafegar livremente, efetuando o pagamento do seguro obrigatório.

O Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública, onde foi ajuizada a ação mandamental, indeferiu a liminar e requereu informações do impetrado tendo, posteriormente, declinado da competência para o Tribunal de Justiça Estadual que, após os trâmites normais do processo, rejeitou as preliminares de ilegitimidade passiva da autoridade impetrada e de impetração contra lei em tese, denegando a segurança pelos motivos constantes do acórdão de fls. 137/142, entre os quais o de que o lançamento se deu por homologação, já que o proprietário do veículo providenciou seu recolhimento na rede bancária onde tem acesso aos valores cobrados e os discute, caso julgue excessivos.

Rejeitados os embargos declaratórios, os impetrantes manifestaram o presente recurso ordinário reafirmando os argumentos expendidos em suas manifestações anteriores, notadamente o que diz respeito à falta de notificação por não ser o tributo em causa lançado por homologação, pleiteando a reforma do acórdão.

Oferecidas contra-razões, o recurso foi regularmente processado e remetido a esta Corte, opinando a douta Subprocuradoria Geral da República pelo improvimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator):

Tributário. IPVA. Forma de lançamento.

1. O crédito tributário do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores constitui-se de ofício, sujeitando-se às prescrições legais dessa modalidade de lançamento.

2. Recurso ordinário conhecido e provido.

Afirmam os recorrentes que o impetrado, objetivando “fazer caixa”, com base no art. 11 da Lei Estadual n. 2.877/1997, antecipou o vencimento do IPVA de janeiro e fevereiro/1999, e não o seu pagamento, sob pena de apreensão do veículo, da imposição de multa e de juros de mora, sem lançamento formal (ato vinculado e obrigatório) e sequer sem notificar o contribuinte em franca violação do art. 160/CTN.

O acórdão impugnado denegou a segurança basicamente porque o tributo em causa é lançado por homologação, houve ampla divulgação na imprensa e os for-

mulários encontravam-se na rede bancária à disposição dos contribuintes para preenchê-los, podendo discutir o valor a ser recolhido, caso julgassem excessivo. Parece-me, entretanto, assistir razão aos recorrentes quanto ao tipo de lançamento do IPVA.

Lançamento por homologação é o que a lei atribui ao contribuinte o dever de antecipar o pagamento do tributo sem prévio exame da Administração que, tomando conhecimento das informações do contribuinte, procede à homologação. O objeto da homologação não é o pagamento em si, mas a chancela da apuração do montante devido. Todavia, se o sujeito passivo da obrigação tributária não antecipa o pagamento, a autoridade administrativa o intimará para fazê-lo com a multa pela falta da antecipação, sob pena de inscrição do débito na dívida ativa. O pagamento antecipado extingue o crédito sob condição resolutiva da sua homologação posterior, ou seja, a extinção quando essa ocorrer, seja de modo tácito ou expresso.

Na hipótese em espécie não foi exigido o pagamento antecipado da exação, mas apenas que o contribuinte preenchesse os formulários encontrados em estabelecimentos bancários pré-determinados, efetuasse os cálculos do imposto devido e procedesse ao pagamento integral no prazo de 30 dias, com direito a desconto, ou parceladamente (cf. Resolução n. 2.977/1998 e anexo, fls.115/122), circunstâncias estranhas à modalidade do lançamento por homologação.

Leciona, Hugo de Brito Machado:

“O lançamento do IPVA é feito de ofício. A repartição competente para o licenciamento do veículo remete para a Secretaria da Fazenda as informações necessárias e esta emite o documento com o qual o proprietário do veículo é notificado para fazer o pagamento.” (“Curso de Direito Tributário”, Malheiros, 20ª ed., p. 332).

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 172.736 — RO (1998/0030888-1)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Maria Clenira Rodrigues de Macedo

Advogada: Márcia Regina Pini de Souza

Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia

EMENTA

Processual Civil — Cautelar — Instituição financeira — Liquidação extrajudicial — Ex-administradores — Indisponibilidade dos bens — Arresto — Existência do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** — Responsabilidade objetiva — CPC, art. 814, I — Lei n. 6.024/1974, art. 45, § 2º — Súmula n. 07 — STJ.

— Inviável neste STJ o exame do relatório do Bacen que fundamentou o acórdão recorrido, conduzindo o Tribunal **a quo** à conclusão da existência do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** por isso que implicaria em incursionar no terreno da prova, esbarrando no óbice da Súmula n. 07 STJ.

— O arresto objetiva resguardar o interesse público, evitando a dilapidação do patrimônio do recorrente apontado como envolvido em irregularidades na administração da instituição financeira, em inquérito conduzido pelo Banco Central.

— A medida contestada, de caráter investigatório, não decretou a perda da propriedade, apenas restringiu a disponibilidade dos bens, impossibilitando o proprietário de aliená-los, podendo, contudo, usufruí-los.

— A responsabilidade dos administradores de instituições financeiras é objetiva, ou seja, são responsáveis todos aqueles que solidariamente, tenham participado da gestão em que se verificou o prejuízo.

— Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 10 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado por Maria Clenira Rodrigues de Macêdo com fundamento na letra **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça estadual que, por maioria, negou provimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão em liminar, que autorizou o arresto de todos os bens do Agravante, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível, Falências e Concordatas da Comarca da Capital, nos autos da medida cautelar de arresto requerida pelo Ministério Público do Estado de Rondônia.

O v. acórdão determinou a indisponibilidade dos bens, tendo em vista o fundamento receio de se tornar ineficaz o provimento final da medida cautelar de arresto (Processo n. 001.96.001944-9).

No recurso especial, a ora Recorrente alega ter o v. aresto violado o art. 814 do CPC, alegando que não há prova contundente de dívida líquida e certa; violado o parágrafo único do art. 40 da Lei n. 6.024/1974, quando autorizou o arresto sem a discriminação dos valores referentes ao risco da atividade bancária e aqueles decorrentes da incompetência gerencial ou, ainda, do prejuízo por atos ilícitos, culposos ou dolosos, bem como não foi imputada a responsabilidade pessoal ou coletiva dos responsáveis pelos atos ilícitos; contrariado as Leis ns. 8.625/1993 e 7.347/1985, assegurando que ao Ministério Público estadual não está assegurada a condição de autor na ação cautelar.

Recurso extraordinário interposto simultaneamente.

Contra-razões às fls. 176/185.

Ambos os recursos foram admitidos no Tribunal **a quo**, subindo os autos a esta egrégia Corte, onde vieram a mim conclusos.

Solicitei a ouvida do Ministério Público Federal, que opinou pelo improvimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins(Relator): Cuida-se, originariamente, de agravo de instrumento interposto por Maria Clenira Rodrigues de Macedo, ex-integrante do Conselho Fiscal do Banco do Estado de Rondônia S/A — Beron e do Beron — Crédito Imobiliário, hoje Rondonpoup, inconformada com a decisão do MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível, Falência e Concordatas da Comarca de Porto Velho proferida nos autos da medida cautelar de arresto, requerida pelo Ministério

Público do Estado, concedendo liminarmente o arresto de todos os seus bens e dos demais requeridos, ao fundamento de que “...a documentação junta faz revelar, como, senão incontestada, ao menos aparente, a responsabilidade patrimonial dos requeridos, em face dos prejuízos causados à instituição bancária, consoante a conclusão do inquérito instaurado sob a supervisão do Bacen.”

O Tribunal de Justiça estadual, por maioria, vencido o Relator Des. Sebastião Chaves, negou provimento ao agravo na esteira do voto vencedor proferido pelo Des. Adilson Alencar, do qual extraio o trecho a seguir transcrito (fl. 147):

“Incorre, a toda evidência, no caso **sub examine**, privação de bens, mas tão-somente mera restrição à medida decretada, firmemente ancorada na lei.

A perda da propriedade, se for o caso, somente acontecerá na execução de eventual sentença condenatória no processo principal, cuidando a cautelar apenas de, provisoriamente, resguardar futura execução.

Não diviso haver a decisão recorrida ferido a Constituição ou a lei. Ao contrário, foi proferida **secundum legem**, por isso que relevante foi o fundamento do pedido, havendo justificado receio de se tornar ineficaz o provimento a final.

Cuida-se tão-somente de uma cautela, de um resguardo da coisa pública, que tem impiedosamente sido solapada por ação ou omissão dos administradores.

Não está o Relator a prejudicar, mas — por não se conter — fazendo referência a uma vergonhosa situação nacional.

O douto juiz **a quo** esteou a decisão ora atacada em inquérito do Banco Central. É prova suficiente para formar pressupostos ensejadores da concessão da liminar, havendo precedentes em outros tribunais.

Voltando ao r. entendimento do eminente Relator, de que dissinto, prescindível é a aplicação, à espécie, do inciso LIV, art. 5º da Constituição Federal.

O TRF da 2ª Região, Segunda Turma, em decisão unânime de 07.11.1995, **apud** “A Constituição na Visão dos Tribunais”, p. 117, 1º Volume, decidiu: ‘... apenas decisão judicial pode tornar indisponíveis bens de quem seja legítimo proprietário ou possuidor.’ Julgava-se ato do Poder Executivo relativo ao bloqueio de cruzados novos.

No caso presente, trata-se de decisão judicial com amparo na lei.

Assim, pedindo mais uma vez vênua ao Desembargador-Relator, nego provimento ao recurso.”

Vale transcrita, ainda, a ementa que resumiu o julgado:

“Agravo de instrumento. Interlocutória em cautelar. Indisponibilidade de bens. Pressupostos ensejadores da concessão.

Sendo relevante o pedido e havendo justificado receio de tornar-se ineficaz o provimento a final, defere-se, liminarmente, requerimento de indisponibilidade de bens.”

Seguiu-se este recurso especial em que a agravante, ora recorrente, insurge-se contra o aresto do Tribunal **a quo**, alegando infringência aos arts. 814, I do CPC e 45, § 2º da Lei n. 6.024/1974 e sustentando a necessidade de prova literal de dívida líquida e certa; e que o relatório do Bacen demonstrou, apenas, mera estimativa dos prejuízos operacionais que, por si só não autoriza a concessão do arresto. Demais disso, o referido relatório do inquérito do Bacen deixou de imputar responsabilidade subjetiva, por ação ou omissão, culposa ou dolosa, por qualquer prejuízo financeiro à Instituição, o que constitui fato impeditivo da concessão da medida constritiva patrimonial (arts. 39 e 40 da Lei n. 6.024/1974). À comissão do Bacen cumpria, ao final, imputar a responsabilidade pessoal ou coletiva dos agentes responsáveis pelos atos ou operações consideradas ilícitas (arts. 41 e 46 da Lei n. 6.024/1974).

Insurge-se, ainda, contra a postulação, pelo Ministério Público, na condição de autor da ação cautelar, contrariando o art. 25 da Lei n. 8.625/1993 e a Lei n. 7.347, de 24.07.1985 (Lei da Ação Civil Pública).

O acórdão recorrido decidiu a lide com fundamento nos arts. 814, I e 45, § 2º da Lei n. 6.024/1994, cumprida, portanto, a exigência do prequestionamento, viabilizador do acesso à instância especial.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso em parecer resumido na seguinte ementa:

“Recurso especial. Arresto. Cabimento. Indisponibilidade de bens. Ex-administrador. Instituição financeira. Responsabilidade objetiva.

1. O art. 813, V, do CPC dispõe que o arresto tem lugar nos demais casos previstos na legislação, estando o art. 45, § 2º, da Lei n. 6.024/1974 abrangido por essa disposição.

2. A medida cautelar foi concedida em estrito cumprimento à regra insculpida no art. 45, da Lei n. 6.024/1974.

3. O inquérito do Bacen que constatou irregularidade na administração da instituição financeira e apontou responsabilidade de seus ex-administradores, reveste-se de caráter investigatório, sendo apenas medida preparatória exigida para o ajuizamento de ação judicial própria.

4. O valor devido solidariamente pela recorrente está consignado na inicial da medida cautelar, bem como no relatório final da Comissão de Inquérito do Banco Central.

5. A responsabilidade dos administradores de instituições financeiras é objetiva, conforme preceitua o art. 40 da Lei n. 6.024/1974.

6. Opina o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso especial.”

Do referido parecer da lavra da Subprocuradora Gilda Pereira de Carvalho, vale transcrito:

“(…)

12. Com efeito, a medida liminar em debate foi concedida observando-se o **periculum in mora** em decorrência da razoabilidade do argumento jurídico da necessidade de se garantir a eficácia da ação civil pública de ressarcimento ao Erário, proposta pelo Ministério Público e atualmente em andamento.

13. Alega-se que os requisitos exigidos para concessão do arresto não foram cumpridos, pois não se observou o disposto no art. 814, I, do CPC. Entretanto, insta dizer que o arresto foi determinado com base no art. 45, § 2º, da Lei n. 6.024/1974, que dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudiciais de instituições financeiras. Cabe, ainda, esclarecer que conforme dispõe o art. 813, V, do CPC o arresto tem lugar nos demais casos previstos na legislação, ou seja, as hipóteses para sua concessão não estão adstritas à lei processual.

14. Ademais, conforme lição de **Galeno Lacerda** a exigência do art. 814, I, do CPC, não se aplica à espécie:

‘(…) Da mesma forma os ‘seqüestros’ do art. 61, § 2º, do Cód. Brasileiro do Ar, do art. 45, **caput**, e § 2º, da Lei n. 6.024, de 13.03.1974, sobre liquidação extrajudicial de instituições financeiras (…), constituem, por exemplo, casos manifestos de arresto, afora os existentes em outras leis extravagantes, nos quais se prescinde dos requisitos de certeza e liquidez da dívida’.

Nesse sentido é a jurisprudência dessa Corte:

‘Processual Civil — Arresto — Cabimento — Requisitos — Instituição financeira sob regime de administração especial temporária.

— O art. 813 do CPC, ao examinar as hipóteses de cabimento do arresto, não as exauriu.

— A Lei n. 6.024, em seus arts. 45 e 49, previu o arresto de bens de administradores e membros do Conselho Fiscal de instituição financeira em intervenção, liquidação extrajudicial ou falência.

— É irrelevante estar a instituição financeira sob regime de administração temporária. Presentes os requisitos da aparência do bom direito e do perigo na demora, tem lugar a possibilidade de decretação de arresto.

— Recurso improvido.’

Ressalte-se que a medida em exame apenas restringiu a disponibilidade dos bens da recorrente, em nenhum momento decretou a perda da propriedade, que se ocorrer será no processo principal. A recorrente continua na posse de seus bens, podendo usufruí-los, somente não podendo aliená-los. Assim, vê-se que a decisão atacada reveste-se tão-somente de resguardo com a **res** pública tão maltratada pelos administradores, não tendo qualquer caráter de prejulgamento, pois a apuração da responsabilidade dos administradores se darão em ação própria, de acordo com o art. 46, da Lei n. 6.024/1976:

‘Art. 46. A responsabilidade dos ex-administradores, definida nesta lei, será apurada em ação própria, proposta no juízo da falência ou no que for para ela competente.’

17. Salienta-se que o referido inquérito do Bacen que constatou irregularidades na administração da aludida instituição financeira e apontou responsabilidade de seus ex-administradores, reveste-se de caráter investigatório, sendo apenas medida preparatória exigida para o ajuizamento de ação judicial própria.

18. No que se refere ao valor devido solidariamente pela recorrente, tal importância está consignada na inicial da medida cautelar, bem como no relatório final da Comissão de Inquérito do Banco Central. Portanto, não procede o argumento de que esse valor não foi apurado ou de que houve responsabilização genérica dos ex-administradores.

19. Necessário falar que a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras é objetiva, não cabendo perquirir sobre quem tenha participado diretamente do ato causador do prejuízo, são responsáveis todos aqueles que tenham participado da gestão em que se constatou o prejuízo. Assim dispõe o art. 40, da Lei n. 6.024/1974:

‘Art. 40. Os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão, até que se cumpram.

Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados.’

20. Face ao exposto, opina o Ministério Público Federal pelo improviamento do recurso especial.”

Em hipótese semelhante, sendo o Ministério Público Estadual parte recorrida, em RE originário do mesmo Estado de Rondônia (REsp n. 226.472-1) e, igualmente envolvendo administradores do Rondônia Crédito Imobiliário S/A — Rondonpoup, o STF, pelo voto da Ministra Ellen Gracie decidiu:

“Lei n. 6.024/1974. Arresto dos bens de envolvidos em possíveis irregularidades em instituição financeira. Ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Inexistência.

1. O arresto é medida cautelar prevista na legislação processual civil com vistas a garantir a efetividade de uma possível execução, não representando julgamento prévio ou ingerência patrimonial indevida. 2. A decisão que decretou o arresto apresenta-se devidamente fundamentada, na presença do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, requisitos que não podem ser contestados em sede extraordinária, devido a seu caráter processual ordinário. Por esta razão não se mostra possível este Supremo Tribunal examinar se o relatório do Banco Central, que concluiu pela responsabilidade do recorrente pelos prejuízos suportados pela instituição financeira que administrava, é suficiente para a ocorrência dos requisitos ensejadores desta medida cautelar. 3. Inocorrência de violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. 4. Recurso extraordinário não conhecido.”

Por tratar-se de situação fática idêntica à dos autos, faço minhas as palavras da ilustre Relatora Ministra Ellen Gracie, ao proferir o voto condutor do referido acórdão:

“Creio que o acórdão recorrido deu o melhor entendimento à matéria dos autos.

O arresto é medida cautelar prevista na legislação processual civil com vistas a garantir a efetividade de uma possível execução, não representando, portanto, julgamento prévio ou ingerência patrimonial indevida. Trata-se de instituto devidamente regulado na legislação processual ordinária e condicionado ao atendimento de certos requisitos.

Na espécie, o Ministério Público Estadual requereu esta providência para evitar a dilapidação do patrimônio do recorrente, apontado como envolvido em irregularidades na administração do Rondônia Crédito Imobiliário S/A — Rondonpoup em inquérito conduzido pelo Banco Central, durante processo de intervenção extrajudicial sofrida por esta instituição financeira.

Em última análise, a cautelar de arresto visa resguardar interesse público. De nada adiantaria o processo judicial se, após o seu transcurso, o sucumbente viesse a arruinar seus bens, de modo a inviabilizar a execução e o

direito do vencedor devidamente reconhecido em juízo. No presente caso, resalto que a instituição financeira lesada é sociedade de economia mista, cujo principal acionista é o Estado de Rondônia, estando em jogo, portanto, o patrimônio público e dos próprios clientes da instituição.

Ademais, tanto a decisão de primeira instância que decretou o arresto, quanto o acórdão de segundo grau que a confirmou, apresentam-se devidamente fundamentados, destacando a presença do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, requisitos que não podem ser contestados em sede extraordinária, devido a seu caráter processual ordinário. Por esta razão, entendendo não ser possível a este Supremo Tribunal examinar se o relatório do Banco Central, que concluiu pela responsabilidade do recorrente pelos prejuízos suportados pela instituição financeira que administrava, é suficiente para a ocorrência dos dois requisitos ensejadores desta medida cautelar como, a rigor, pretende o recorrente.

Não vejo, assim, qualquer ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal na decretação de arresto dos bens do recorrente.

Diante do exposto, não conheço do recurso.”

Não cabe a este Tribunal o exame do relatório do Bacen com a finalidade de rever a documentação referente à existência ou não de dívida líquida e certa, em face do óbice da Súmula n. 07/STJ.

Quanto aos temas em debate, este Tribunal tem entendimento harmônico no sentido do acórdão recorrido, como exprimem as ementas ora transcritas:

“Comercial e administrativo. Instituição financeira. Liquidação extrajudicial. Ex-administradores. Indisponibilidade de bens. Arresto. Requerimento do Ministério Público e decisão judicial. Possibilidade. Art. 45, da Lei n. 6.024/1974.

1. A indisponibilidade dos bens dos ex-administradores de instituição financeira é um efeito decorrente do ato administrativo extremo que decreta sua liquidação extrajudicial, não impedindo o arresto desses mesmos bens a requerimento do Ministério Público e por decisão do Juiz competente para decretação da falência da instituição.

2. O art. 45, da Lei n. 6.024/1974, permite que esse tipo de medida cautelar seja deferida. Em conseqüência, não se pode falar em sua violação.

3. É incensurável a fundamentação no que pertine a possibilidade de se aplicar a proibição de saída do País, sem prévia autorização judicial, visto

que os ex-administradores de instituição financeira em liquidação extrajudicial que tenham tido arrestados os seus bens dependem de autorização do Banco Central e do Juiz do arresto.

4. A proibição de administrar instituição financeira constitui sanção de competência do Banco Central (art. 9º, II, da Lei n. 9.447/1997) que, não prevista na Lei n. 6.024/1974, só pode ser decretada pelo Juiz como cautelar inominada e desde que presentes os requisitos exigidos pelo CPC.

5. Decisão recorrida que decidiu de acordo com os princípios regedores da situação em análise, especialmente, para resguardar os direitos materiais de possíveis interessados.

6. Recurso especial não provido.” (REsp n. 475.044/SP, DJ de 24.03.2003, Rel. Min. José Delgado)

“Processual Civil — Arresto — Cabimento — Requisitos — Instituição financeira sob regime de administração especial temporária.

O art. 813 do CPC, ao examinar as hipóteses de cabimento do arresto, não as exauriu.

A Lei n. 6.024, em seus arts. 45 a 49, previu o arresto de bens de administradores e membros do Conselho Fiscal de instituição financeira em intervenção, liquidação extrajudicial ou falência.

É irrelevante estar a instituição financeira sob regime de administração temporária. Presentes os requisitos da aparência do bom direito e do perigo na demora, tem lugar a possibilidade de decretação de arresto.

Recurso improvido.” (REsp n. 170.272/RO, DJ de 02.08.1999, Rel. Min. Garcia Vieira)

Por todo o exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 286.035 — SP (2000/0113567-8)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Amélia Nobuko Kasai e outros

Recorrido: Antônio Carlos Cerqueira de Lima

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. IPVA. Substituição da CDA, art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980. Indeferimento da inicial. Impossibilidade. CPC, art. 296 e seu parágrafo único.

1. Substituída a CDA pela exeqüente em tempo hábil, como facultado no art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980, não cabia ao juiz indeferir a inicial por defeito da certidão e, depois, sustar a remessa da apelação ao Tribunal **ad quem** face à incidência do art. 296/CPC.

2. Ademais, como já decidiu a egrégia Segunda Turma deste STJ, a inexpressividade do crédito fiscal não exclui o direito à sua execução pela Fazenda Pública (MS n. 4.526-9/SP).

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

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

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

Publicado no DJ de 22.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial fundado no permissivo da letra **a**, interposto pela Fazenda Pública de São Paulo, após a rejeição dos embargos declaratórios, contra acórdão do Tribunal de Justiça Estadual assim resumido na ementa:

“Execução fiscal. Débito, que não justifica o prosseguimento da ação de execução, por ausência de legítimo interesse de agir. Entendimento sistemático do artigo 296 e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil. Recurso improvido.” (Fl. 55)

Alega a recorrente negativa de vigência e contrariedade ao art. 269 e seu parágrafo único do CPC, afirmando, em resumo, que o juiz de 1ª grau não podia negar seguimento à apelação com base em outro fundamento que não aquele segundo o qual indeferira a inicial com apoio no art. 267, I, do diploma processual, pleiteando a reforma do acórdão.

Sem contra-razões, o recurso foi admitido na origem e remetido a esta Corte, dispensando-se o parecer do Ministério Público Federal na forma regimental.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): A Fazenda Pública de São Paulo promoveu executivo fiscal para cobrança do IPVA de proprietário de veículo automotor (Antonio Carlos Cerqueira de Lima).

O Juiz de Direito das Execuções Fiscais, ao arrepio do disposto no art. 616/CPC, indeferiu a inicial e julgou extinto o processo, a teor do art. 267, I, do CPC por não estar identificado, na CDA, o veículo sujeito à exação (fl. 9).

Antes de ser intimado de tal decisão, a exeqüente havia substituído a CDA com a especificação da viatura, como lhe facultava o art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980, dela apelando posteriormente (cf. fls. 10/12, 13 e 14/19).

O juiz singular negou seguimento à apelação por ausência do interesse de agir da exeqüente, já que o valor do débito fiscal era inferior a 100 Ufesp, sendo antieconômico o prosseguimento da ação “pelo descompasso entre o custo e o benefício demandado” (fls. 20/21).

O Tribunal de Justiça negou provimento ao agravo, ratificando o entendimento da decisão agravada em longas considerações sobre a falta de interesse de agir da exeqüente, face à desproporcionalidade entre custo e o benefício da ação, concluindo: “Inexiste sentido técnico-jurídico de mandar subir apelo, cujo provimento será nenhum, tão-só, para render homenagem aos preceitos, contidos no artigo 296 e seu parágrafo único, do diploma processual civil”.

Em decorrência disso, a Fazenda Estadual, após a rejeição dos embargos declaratórios, manifestou o presente recurso especial fundado no permissivo da letra **a**, alegando negativa de vigência ao mencionado artigo 296/CPC, pois o juiz de 1ª grau jamais poderia obstar a remessa da apelação à instância **ad quem**; afirmando não ser irrisório o valor do débito cobrado (R\$ 624,43 sem incidência da

verba honorária); que o limite de 100 Ufesps, determinado pela Lei n. 9.954/1998, foi estabelecido apenas para o ICMS e o imposto **causa mortis** não o estendendo expressamente ao IPVA, cuja alíquota é inferior à do ICMS; que a Segunda Turma do STJ, no MS n. 4.526-9/SP, decidiu no sentido de que “a inexpressividade do crédito fiscal não exclui o direito à sua execução pela Fazenda Pública”, além de outros argumentos em prol da reforma do acórdão, determinando-se a subida de sua apelação, a fim de ser apreciada pelo Tribunal **a quo**.

Penso assistir razão à recorrente.

O art. 296/CPC dispõe:

“Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão.

Parágrafo único. Não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao Tribunal competente.”

Por outro lado, o artigo 616 do mesmo diploma preceitua que o juiz, verificando que a inicial não preenche os requisitos necessários, determine que o autor a corrija, no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento. Ademais, o § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980 permite a emenda ou a substituição da CDA, até a decisão de 1ª instância. Como visto, a exeqüente, antes de ser intimada da sentença que extinguiu o processo, substituiu a CDA por outra na qual estava identificado o veículo sobre o qual incidia o tributo.

Desse modo, o juiz não poderia negar seguimento à apelação da exeqüente pela razão que o fez (ausência de interesse devido ao valor da dívida), nem sua decisão poderia ser ratificada na 2ª instância porque tal possibilidade não se encontra elencada no art. 557 e seu parágrafo único do CPC.

Demais disso, é de observar-se que, a eficácia da sentença proferida em execução da dívida ativa promovida pela Fazenda Pública, está sujeita ao duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475, III), o que de qualquer modo importaria na remessa dos autos ao Tribunal invalidando o argumento da desproporcionalidade do custo do processo e do benefício pretendido, aquele agravado por incidente processual, cuja causa não pode ser atribuída à exeqüente, num processo iniciado nos idos de 1997 e que é submetido a julgamento desta Corte, para decidir recurso especial contra acórdão que manteve decisão interlocutória impugnada via agravo de instrumento.

Por tais motivos, conheço do apelo especial e lhe dou provimento, nos termos do pedido.

RECURSO ESPECIAL N. 302.620 — SP (2001/0011032-0)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Relator p/ o acórdão: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Município de Itu

Advogado: Flávio Antunes

Recorrida: Empresa Bandeirante de Energia S/A — EBE

Advogados: Lyrurgo Leite Neto e outros

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Fornecimento de energia elétrica. Município inadimplente. Suspensão do serviço. Previsão legal. Possibilidade. Princípio da proporcionalidade.

1. A interrupção no fornecimento de energia por inadimplemento do usuário, conforme previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/1995, não configura descontinuidade na prestação do serviço para fins de aplicação dos arts. 22 e 42 do CDC.

2. Demonstrado nos autos que a fornecedora, ao suspender o fornecimento de energia elétrica, teve o cuidado de preservar os serviços essenciais do Município, não há que se cogitar tenha o corte afetado os interesses imediatos da comunidade local.

3. Destoa do arcabouço lógico-jurídico que informa o princípio da proporcionalidade o entendimento que, a pretexto de resguardar os interesses do usuário inadimplente, cria embaraços às ações implementadas pela fornecedora de energia elétrica com o propósito de favorecer o recebimento de seus créditos, prejudicando, em maior escala, aqueles que pagam em dia as suas obrigações.

4. Se a empresa deixa de ser, devida e tempestivamente, ressarcida dos custos inerentes às suas atividades, não há como fazer com que os serviços permaneçam sendo prestados com o mesmo padrão de qualidade.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o

voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Franciulli Netto. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator para o acórdão

Publicado no DJ de 16.02.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial, seguido de extraordinário, interposto, após a rejeição dos embargos declaratórios, pela prefeitura da Instância Turística de Itu com fundamento nos permissivos **a** e **b** contra acórdão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que proveu agravo de instrumento manifestado pela Empresa Bandeirante de Energia S/A, pelos motivos assim resumidos na ementa:

“Tarifa. Energia elétrica. Interrupção do fornecimento pela concessionária em razão de inadimplência. Possibilidade. Previsão legal para o ato. Dependência da contraprestação pecuniária para a manutenção do serviço. Recurso provido, cassando-se a liminar anteriormente concedida.” (Fl. 90)

Alega a recorrente contrariedade aos arts. 22 e 42 da Lei n. 8.078/1990 (Código do Consumidor) e à Resolução n. 166/1999, que proíbem o corte de energia elétrica nas circunstâncias em que foi suspenso o fornecimento de energia, bem como julgou válido o art. 76 da Portaria n. 466/1997 contestada em face da mencionada Resolução n. 166/1999, justificando o cabimento do recurso especial, a fim de ser reformado o acórdão recorrido.

Oferecidas contra-razões aos dois recursos, apenas o especial foi admitido na origem, tendo sido interposto agravo de instrumento para o Supremo Tribunal Federal.

Remetido o apelo especial a esta Corte, a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator):

Recurso especial. Tarifa de energia elétrica. Inadimplência do Município. Corte do fornecimento. Ilegalidade. Código do Consumidor, arts. 22 e 42.

1. A sustação do fornecimento de energia elétrica devido à inadimplência do Município afigura-se ilegal por ferir disposições do Código de Defesa do Consumidor, atingindo não só o ente público como todos os munícipes que ficam privados de serviços essenciais prestados pela municipalidade.

2. A concessionária de serviço público, ao invés de adotar medida drástica e ilegítima, dispõe de meios próprios para cobrar seus créditos.

3. Recurso especial conhecido e provido.

Como notícia em suas razões recursais, a recorrente propôs medida cautelar com pedido de liminar a fim de que a recorrida não procedesse ao corte de energia elétrica em próprios da municipalidade e nas praças e avenidas. Concedida a liminar, esta foi cassada pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo pelos motivos constantes do acórdão de fls. 90/93, cuja ementa foi reproduzida no relatório, tendo ainda rejeitado os embargos declaratórios opostos pela recorrente, daí o seu inconformismo embasado nos permissivos **a** e **b**, alegando contrariedade aos arts. 22 e 42 do Código do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e à Resolução n. 166/1999, bem como por ter julgado válido o art. 76 da Portaria n. 466/1997 contestado em virtude da mencionada Resolução n. 166/1999.

Conheço do recurso pela alegada violação de dispositivos de Lei federal, já que ofensa à norma infralegal ou contestação de portaria não viabilizam o apelo especial.

Como bem salientou o ilustre representante do Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 302/306, o corte de energia elétrica extrapola os limites da legalidade em face de existência de outros meios legais para cobrança do débito existente. Ademais, a supressão do fornecimento de energia elétrica atinge, inclusive, todos os membros da comunidade que ficam privados dos serviços essenciais prestados pela municipalidade, reforçando o seu entendimento com precedente desta Corte que reproduzo:

“Administrativo. Energia elétrica. Corte de fornecimento. Município inadimplente. Impossibilidade. — O corte de energia elétrica em prédio do Município atinge não somente aquele ente público, mas o próprio cidadão, porquanto a inviabilidade da utilização do prédio público e a conseqüente deficiência na prestação dos serviços decorrentes, atinge

diretamente todos os municípios. — O corte de energia, utilizado para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa, extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplemento do débito. — Precedentes. — Recurso provido.” (REsp n. 278.532/RO, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 18.12.2000)

“Recurso especial — alíneas **a** e **c** — Administrativo — *Energia elétrica* — Concessão de serviço público — Falta de *pagamento* — Suspensão do serviço — Necessária individualização das unidades consumidoras inadimplentes — Corte indiscriminado da *energia elétrica* — Impossibilidade.

Há expressa previsão normativa no sentido da possibilidade de suspensão do fornecimento de *energia elétrica* ao usuário que deixa de efetuar a contraprestação ajustada, mesmo quando se tratar de consumidor que preste serviço público (art. 6º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995 e art. 17 da Lei n. 9.427/1996).

Na hipótese vertente, contudo, verifica-se que, embora exista débito da Municipalidade para com a concessionária, a autorizar, em princípio, o corte, a medida ocorreria de forma a prejudicar toda a população da localidade. Ilegal, portanto, a interrupção indiscriminada do serviço, tanto para os serviços próprios da Administração, quanto no que se refere à iluminação pública do *Município*, porque não especificada na demanda a que unidades consumidoras se refere o débito. Ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 400.909/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 15.09.2003)

Comungando com esse entendimento, conheço do recurso e lhe dou provimento.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Versam os autos sobre a interrupção do fornecimento de energia elétrica em razão da falta de pagamento das faturas. Argumenta o Recorrente, Município de Itu, que o procedimento levado a efeito pela Recorrida, Empresa Bandeirante de Energia S/A, fere as disposições emolduradas nos arts. 22 e 42 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) que vedam, expressamente, a imposição de tal penalidade como forma de viabilizar o adimplemento das parcelas não pagas.

Entendeu o Ministro-Relator que a medida promovida pela fornecedora é ilegal por ferir os dispositivos legais retromencionados, atingindo não só o ente público como todos os municípios que ficam privados de serviços essenciais prestados pela municipalidade.

Com a devida vênia do Ministro Peçanha Martins, vejo de forma diferente a matéria debatida nos autos que, a meu sentir, restou cabalmente decidida no âmbito do Tribunal de origem.

Em primeiro lugar, não vejo ilegalidade no procedimento levado a efeito pela empresa fornecedora de energia, uma vez que em consonância com o comando do art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/1995, **in verbis**:

“Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

(...)

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.

O dispositivo em comento, ao explicitar que a interrupção do fornecimento de energia na hipótese de inadimplemento do usuário não caracteriza descontinuidade do serviço, afasta qualquer possibilidade de aplicação dos preceitos ínsitos nos arts. 22 e 42 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Por outro lado, como bem registrou o acórdão recorrido, “exigir que a concessionária continue a prestar o serviço para os inadimplentes, valendo-se da cobrança executiva, seria, além de sobrecarregar o Judiciário, tarefa praticamente impossível, desde que milhares de processos precisariam ser instaurados, com a demora decorrente, privando as concessionárias das tarifas que poderiam estar servindo justamente para a melhora do fornecimento e ampliação da rede àqueles que também dela necessitam e pretendam pagar pela prestação”.

Não se pode olvidar que obrigações da espécie são naturalmente previsíveis, não se justificando, em hipótese alguma, a inadimplência do ente público, porquanto haveriam de estar devidamente previstos no orçamento fiscal os recursos necessários para arcar com tão relevante e indispensável despesa.

De outro lado, está perfeitamente demonstrado nos autos que a empresa recorrida, ao promover a interrupção no fornecimento de energia elétrica, teve o cuidado de preservar os serviços essenciais do Município, limitando o corte apenas a alguns prédios da Administração Pública, resguardando, desse modo, os interesses imediatos da comunidade local.

Por fim, penso que o posicionamento estampado no voto do Relator destoa do arcabouço lógico-jurídico que informa o princípio da proporcionalidade, na medida em que, ao criar embaraços às ações implementadas pela fornecedora de energia elétrica com o propósito de favorecer o recebimento de seus créditos, poderá comprometer, seriamente, a satisfatória prestação desses mesmos serviços, impingindo à coletividade que cumpre pontualmente com suas obrigações um mal maior do que aquele que visa a reprimir no presente feito.

Ora, se a empresa deixa de ser ressarcida dos custos inerentes aos serviços que presta ao Município, seja por que motivo for, não há artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. É essa a mecânica que rege as chamadas economias de mercado, modelo no qual se insere o atual sistema político-econômico brasileiro.

Ante o exposto, mais uma vez pedindo vênia ao Relator, *nego provimento ao recurso*.

ADITAMENTO AO VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, a visão que V. Exa. nos traz do direito aplicável é puramente privatista do Direito.

Vivemos numa República Federativa Democrática, formada pela União indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. Constitui-se a Nação em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento o poder concedente do Estado, mas não o Estado federado, mas o Estado nação, ou seja, quando se trata de uma das entidades federativas não se pode ver apenas a União, mesmo em se tratando de uma delas. É de um mal vezo nesta República tratar-se o Município como se fora um ente federado de poder menor, quando a Constituição não distingue e, mesmo, proclama no art. 18, a autonomia dos órgãos políticos administrativos. No caso, há uma concessão. Não se trata de uma atividade privada, é uma atividade pública concedida.

Votei no caso do fornecimento da energia e da água a particulares acompanhando, inclusive, o voto da Ministra-Relatora, deferindo o corte do fornecimento. Mas não posso fazer o mesmo quando o beneficiário da prestação do serviço concedido é o ente público. É a esfera de poder maior desta República, sob pena de estarmos alçando a concessionária a um patamar de poder mais amplo do que o do próprio poder concedente, porque não é possível estabelecer diferenças entre as concessionárias em razão do poder concedente ser a União, o Estado ou o Município. É a própria coletividade, o povo, que é a base do Estado brasileiro e o exercente do Poder que está sendo atingido no corte. Imaginemos, por exemplo, que o Estado ou o Município de São Paulo não pague a energia e que a companhia concessionária do fornecimento energético no Estado de São Paulo resolva cortar a energia. Vamos admitir que ela resolva fazer um apagão em repesália ao não pagamento ou, então, cortar a energia do Município de Itabuna, de Ilhéus, na Bahia, ou, quem sabe, Taguatinga, em Brasília. Isso é o supra-sumo do absurdo, **data venia**, porque se trata de empresa que é concessionária de bem do Estado brasileiro. A lei não autoriza o corte do fornecimento aos entes públicos, até porque o Estado brasileiro está subordinado a orçamento, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

O Estado não se pode submeter à mesma regra do particular. Acresço ao meu voto esses argumentos de ordem constitucional e de Direito Público porque me pareceu, pelas só referências que fiz, transcrevendo, inclusive, acórdãos da Primeira e da Segunda Turmas que, bastariam para o convencimento dos meus pares. Chamo, pois, a atenção de que se trata de ente federado, e não de simples pessoa física ou jurídica de direito privado.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, em razão do adendo de V. Exa., também farei uma adição ao meu voto, passando a enfrentar as questões colocadas.

Primeiro, chamo a atenção para uma questão do acórdão, que diz textualmente:

“No caso, ademais, como salientado, a agravante manteve os serviços essenciais e limitou o corte a alguns prédios da própria administração e praças, procurando resguardar a municipalidade inadimplente. Se assim não se entender, poderá certamente haver prejuízo acentuado para a arrecadação da concessionária com inegáveis repercussões junto ao seu normal funcionamento e fornecedores, inclusive, da própria energia.”

Faz-se mister dizer que a autorização para o corte, ainda que de ente público, decorre da lei. A Lei da Concessão de Energia Elétrica prevê esse corte, e o faz de forma seletiva exatamente quando se trata de municipalidade.

Caso contrário, teremos uma cessão gratuita de energia, e isso não me parece razoável. Vai se cobrar em dez anos, quando a concessionária falir? Não se pode ser tolerante com o poder público sob o argumento de que não se pode cortar energia elétrica por ser ele o poder concedente, de modo algum. O poder público, pela Lei de Responsabilidade Fiscal — que há de incidir para os administradores do Município — tem de se ater ao orçamento, e neste, certamente, há previsão para tão importante e indispensável dispêndio. Quando, portanto, a companhia cortou a luz — que ora deve estar até restabelecida — usou de um legítimo instrumento de pressão para que o poder público municipal adimplisse.

Tive a oportunidade de ver algumas prefeituras habitualmente se tornarem inadimplentes, e só passaram a pagar quando sentiram não contar com a complacência do Judiciário. É o caso.

RECURSO ESPECIAL N. 325.335 — SP (2001/0067325-0)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Itausa Empreendimentos S/A

Advogados: Vicente Renato Paolillo e outros

Recorrida: Companhia Paulista de Trens Metropolitanos — CPTM

Advogado: Wilson Andreotti

EMENTA

Processual Civil e Administrativo — Desapropriação — Perdas e danos — Indenização pela não-implantação de empreendimento imobiliário — Dano hipotético — Honorários advocatícios — Fixação em percentual inferior ao mínimo legal — Súmula n. 7/STJ.

1. Impossibilidade de indenizar-se, em ação de desapropriação, expectativa de lucros advindos de implantação de empreendimento imobiliário, ainda que aprovado pelas autoridades competentes.

2. Na desapropriação, a indenização pelo valor de mercado já leva em conta o potencial de exploração econômica do imóvel.

3. Possibilidade de indenização por danos materiais, se comprovados.

4. Questão relativa ao prejuízo quanto à impossibilidade de implantação do projeto após a desapropriação que se insere no contexto fático-probatório e que, por isso, esbarra no teor da Súmula n. 7/STJ.

5. Possibilidade de fixação de honorários em percentual inferior ao mínimo legal quando vencida a Fazenda Pública, sendo inviável, em recurso especial, reexaminar-se os elementos de fato que influenciaram no arbitramento da verba pelo Tribunal **a quo** (Súmula n. 7/STJ).

6. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 06 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora

Publicado no DJ de 24.03.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro na alínea **a** do inciso III, art. 105 da CF/1988 de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que julgou ação de desapropriação.

Insurge-se o recorrente contra a parte do julgado que deixou de considerar o pedido do expropriado de verificação das perdas e danos decorrentes da expropriação, tendo em vista que o mesmo havia planejado um empreendimento imobiliário de alto porte, com projeto aprovado pelas autoridades competentes e que, por força do ato expropriatório, sofreu sensíveis retardamentos e redução do projeto original. Assim, entende contrariado o Decreto-Lei n. 3.365/1941, bem como os princípios

constitucionais da isonomia, do devido processo legal, da justa e prévia indenização através do justo preço para hipótese de desapropriação.

Afirma que o acórdão, ao reduzir os juros compensatórios através da MP n. 1.577/1997, contrariou o parágrafo único do art. 62 da CF.

E, finalmente, alega que a fixação de honorários em 6% (seis por cento) contrariou expressamente o art. 20, § 3º, do CPC, que determina o arbitramento entre 10 e 20% do valor da condenação.

Julgando o Ag n. 363.627/SP, interposto em razão da inadmissão do referido recurso especial, dei-lhe parcial provimento, determinando sua convalidação e restringindo o exame à tese das perdas e danos (violação ao Decreto-Lei n. 3.365/1941) e dos honorários (art. 20, § 3º do CPC).

Nas contra-razões, alega a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos — CPTM que o exame do recurso esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Afirma o Recorrente que havia planejado um empreendimento imobiliário de alto porte, com projeto já aprovado pelas autoridades competentes desde 25.07.1997 e que, por força do ato expropriatório, sofreu sensíveis retardamentos e redução do projeto original (o projeto denomina-se “Panamérica Business Park” e a previsão inicial era de ocupação de uma área de 64.872,50 m² e foi reduzido em 24.291,00 m², que foram atingidos pela desapropriação).

Entende que, em se tratando de projeto já aprovado e em vias de ser implantado, pretendia que as conseqüências advindas da desapropriação fossem apuradas ou que ficasse ressalvado o direito de pleiteá-las em ação própria, a ser proposta.

Sustenta que não lhe foi permitido, através da prova pericial, a apuração do efetivo prejuízo e que o acórdão contrariou os arts. 20, parágrafo único, e 27 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, além dos princípios constitucionais da isonomia, do devido processo legal e da justa e prévia indenização.

O acórdão recorrido, sobre a questão, considerou que:

... “a indenização arbitrada, pelo valor corrente de mercado, já leva em consideração o potencial econômico de exploração do imóvel, não se delineando a perda extraordinária reclamada pelo expropriado.

Aliás, em se tratando de empreendimento não concretizado, o prejuízo assim cogitado é meramente hipotético. E, na esteira da doutrina mencionada na sentença, somente se indenizam danos efetivos e não os apenas prováveis.

De qualquer modo, o experto oficial bem demonstra que o aproveitamento da área remanescente, para o fim esboçado em projeto, não ficou comprometido pela desapropriação (v. fls. 161/163).

A área construída aprovada originariamente era de 47.954,52 m², representando um coeficiente de aproveitamento do terreno de 73,92%.

E, segundo a perícia, a lei faculta o aproveitamento máximo para as mesmas categorias de uso (edificação de prédios destinados a comércio e serviços) de uma vez e meia a área do terreno, ou seja, algo em torno de 97.000,00 m².

Ora, esse dado objetivo, irrefutado nos autos, permite concluir que a expropriada manteve a perspectiva de construir a mesma área inicialmente projetada, feitas as devidas adaptações, máxime porque a desapropriação envolve a parte mais desfavorável do terreno (“topograficamente falando”).

Aliás, há notícia de que novo projeto foi elaborado, ampliando-se o coeficiente de aproveitamento do terreno remanescente para 83,30% (v. fl. 163).

E mais: como bem realça a douta juíza **a quo**, “com a construção da linha do Metrô no local, evidente que o melhoramento público trará maior valia ao empreendimento comercial que será ali implantado, não havendo prejuízos, mas, ao contrário, maior lucro, dada a maior facilidade de acesso da população ao mesmo” (v. fl. 316).

(fls. 59/60)

A questão que ora se põe para julgamento consiste em saber-se se é ou não indenizável, em ação de desapropriação, os “prejuízos” decorrentes da impossibilidade de implantação de projeto de exploração comercial tal qual foi concebido e aprovado pelas autoridades competentes.

Observe-se que, embora o projeto, como dito, já havia sido aprovado pelas autoridades competentes, ainda não havia sido implantado e, segundo o voto condutor do julgado, inexistiu prejuízo, pois trata-se de dano apenas hipotético.

Entendo que caberia indenização por danos materiais, se comprovados, pelas despesas que efetivamente teria tido a expropriada pelo início do processo de implantação do referido projeto — dano efetivo.

Mas, ao que parece, a pretensão diz respeito a uma indenização pela expectativa de lucros que teria com a implantação do projeto na área total do imóvel antes

da desapropriação. Neste aspecto, concordo com a posição do Tribunal **a quo** no sentido de que a indenização pelo valor de mercado já leva em conta o potencial econômico de exploração do imóvel e, por isso, não há como prosperar a pretensão.

Ademais, segundo o julgado, não restou comprovado que o projeto havia sido prejudicado com a desapropriação e, se assim afirma o ora Recorrente, a questão diz respeito à análise do contexto fático-probatório, o que esbarra no teor da Súmula n. 7/STJ.

No que diz respeito aos honorários advocatícios, não merece reparo o acórdão guerreado, haja vista que a sua fixação, quando vencida a Fazenda Pública ou entidades de direito público, pode ser em índice inferior ao mínimo de 10% (dez por cento) nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC.

Este entendimento tem sido adotado pelas Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal, conforme demonstram os arestos a seguir transcritos:

“Tributário — Imposto de renda — Férias e licença-prêmio — Restituição — Prescrição — Honorários advocatícios.

(...)

Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogado podem ser fixados em porcentagem inferior ao mínimo legal.

Recurso improvido.”

(REsp n. 206.322/DF, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, por unanimidade, DJ de 16.08.1999, p. 53)

“Processo Civil. Honorários de advogado.

Salvo as hipóteses do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, os honorários de advogado não podem ser arbitrados em menos de dez por cento do montante da condenação. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 196.020/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Turma, por unanimidade, DJ de 1º.03.1999, p. 299)

“Processual civil. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. Desapropriação indireta. DER. Autarquia estadual. Honorários advocatícios. Fixação. Apreciação equitativa do juiz. Art. 20, § 4º, do CPC. Reexame de aspectos fáticos. Incidência da Súmula n. 07 do STJ.

1. ...

2. ...

3. Sucumbente a Fazenda Pública, o percentual dos honorários deverá

ser fixado em observância às normas do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, não ficando o magistrado limitado aos percentuais estabelecidos no § 3º, do citado dispositivo. Todavia, impossível, no âmbito da devolutividade do recurso, alterar a verba honorária quando o Tribunal recorrido aprecia de forma equitativa todas as circunstâncias e peculiaridades concernentes à causa, cujo reexame importa necessariamente em incursão por matéria fática, o que se mostra incompatível com a natureza excepcional do recurso especial, diante do óbice da Súmula n. 07 deste Tribunal.

4. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no Ag n. 266.551/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, por unanimidade, DJ de 08.05.2000, p. 74)

“Administrativo e Processual Civil. Ação expropriatória. Desistência por parte do poder público. Condenação da Administração no pagamento de verba honorária em favor do patrono do particular.

Fixação dos honorários abaixo do percentual estabelecido no § 3º do art. 20 do CPC: possibilidade. Aplicação da regra inserta no § 4º do art. 20 do Código de 1973.

Recurso não conhecido.”

(REsp n. 162.531/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, Segunda Turma, por unanimidade, DJ de 1º.02.1999, p. 151)

Por sua vez, não é possível reexaminar os elementos de fato que influenciaram o arbitramento dos honorários pelo Tribunal **a quo**, consoante o enunciado da Súmula n. 7/STJ.

VOTO-VENCIDO (Em Parte)

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sra. Ministra-Presidente, ousou divergir de V. Exa. logo quanto ao alcance da primeira decisão no agravo de instrumento. O que se cogita no agravo de instrumento é o julgamento da subida ou não do recurso. Não se julga o recurso, mas, sim, se ele pode ou não vir ao conhecimento. Uma vez vindo ao conhecimento, virá por inteiro. Esta é, aliás, a jurisprudência assente.

Quanto ao julgamento do recurso, sim, uma vez convolado em recurso especial ele o será por inteiro; aí, sim, V. Exa. poderá dele conhecer parcialmente ou não. E assim pensando, creio que neste caso deveríamos examinar por inteiro o recurso especial, e faço isso. E o faço primeiro para afastar, também como V. Exa., a indenização, porque entendo que não foi provada, tanto que foi afastada peremptoriamente pelo Tribunal **a quo**. E, nesse caso, na expropriação, não se indenizam

possíveis lucros ou possíveis prejuízos. O negócio que vai se realizar no futuro, **data venia**, em princípio não seria avalizável ou indenizável, entendo eu, para esse efeito.

Quanto à questão dos juros compensatórios, tenho entendido que foram fixados, a princípio, para cobrir eventuais prejuízos das partes à época em que inexistia a correção monetária. Por isso mesmo o Supremo Tribunal Federal criou a figura dos juros compensatórios. Posteriormente, eles foram mantidos com correção monetária, mas, então vivia-se um período de aguda inflação, quando qualquer rendimento de juros era sempre ridículo em face da galopante perda de poder aquisitivo da moeda. Mas isso não acontece nos dias de hoje. O que verificamos é que os juros alcançados no mercado financeiro dificilmente chegam a 12%. Em verdade, a caderneta de poupança rende juros de 6%, e esta é, portanto, a média que me parece deva nortear o julgador, hoje, na concessão dos juros moratórios.

O fato de o Supremo Tribunal Federal, ontem, ter declarado a inconstitucionalidade da medida provisória, a mim, por exemplo, não afeta porque ainda não temos a súmula vinculante. Creio que os novos tempos, ou seja, a nova situação econômico-financeira em que vivemos já não comporta juros compensatórios de 12% sem que haja prova efetiva de lucratividade possível no negócio. Neste caso, pelo que vejo é um imóvel, e não houve nenhuma prova dessa lucratividade. Por isso, creio que quanto aos juros também seria possível, como fez o avaliador, embutidos na indenização.

Quanto aos honorários, divirjo também de V. Exa. É que, parece-me, não se trata de Fazenda Pública ou autarquia, e sim de uma sociedade de economia mista, a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos.

E nessa hipótese a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem aplicando, como a desta Casa, não o § 4º do art. 20, mas o § 3º, que estabelece o mínimo de 10% quanto aos honorários advocatícios.

No caso, então, divirjo para deferir o recurso, nessa parte.

RECURSO ESPECIAL N. 345.946 — PR (2001/0114730-7)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: José Alexandre P. Nunes e outros

Recorrido: Banestado S/A Crédito Imobiliário

Advogados: Flávio Zanetti de Oliveira e outros

Sustentação oral: Flávio Zanetti Oliveira, pelo Recorrido

EMENTA

Previdenciário — Auxílio-alimentação — Incidência da contribuição previdenciária sobre o excedente dos valores estabelecidos no programa de alimentação ao trabalhador.

1. As empresas que têm programa de alimentação ao trabalhador, aprovado pelo Ministério do Trabalho, contabilizam o auxílio-alimentação como parcela indenizatória, não incidindo sobre ela a contribuição previdenciária.

2. Valor do auxílio que deve obedecer aos limites fixados em instruções normativas.

3. Empresa que observou os limites fixados pelo Executivo, fazendo incidir sobre os valores correção monetária segundo os índices oficiais de atualização — não-incidência de contribuição previdenciária.

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 15 de agosto de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora

Publicado no DJ de 07.10.2002

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em ação de repetição de indébito, entendeu que o art. 3º da Lei n. 6.321/1976 veda a inclusão, como salário de contribuição, da parcela paga **in natura**, pela empresa nos programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho.

Sustenta o INSS, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, violação aos arts. 3º da Lei n. 6.321/1976 e 89, § 6º da Lei n. 8.212/1991, alegando:

a) que o recorrido somente poderia utilizar como parcelas relativas ao PAT os valores fixados pelo Governo Federal através de instruções normativas e não aqueles que considera corretos, de forma que as quantias que excederem àqueles valores constituem-se salário e, portanto, base de cálculo para a contribuição previdenciária;

b) ser inaplicável o IPC de 1990 para efeito de restituição de tributos, haja vista que a Lei n. 8.212/1991 (art. 89, § 6º) determina que na restituição e na compensação deverão ser utilizados os mesmos critérios de correção aplicados na cobrança da contribuição.

Com as contra-razões, subiram os autos.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Prequestionadas as teses, passo ao exame do especial.

O Tribunal **a quo**, no que se refere à tese defendida no especial, entendeu que, para utilização do benefício fiscal, o custo unitário das refeições foi fixado primeiramente pela Portaria Ministerial n. 326/1977 e, posteriormente, por instruções normativas da Receita Federal.

Considerou ilegais tais normas, na medida em que condicionam a obtenção do benefício a determinado limite e a Lei n. 6.321/1976 não prevê qualquer condicionante referente a custo unitário das refeições.

Assim, os valores superiores encontrados pela fiscalização e que deram origem à autuação nada mais são do que a incidência da correção monetária sobre os valores originariamente fixados, não havendo qualquer *plus*, sendo indevida, pois, a incidência da contribuição previdenciária, conforme vedado pelo art. 3º da Lei n. 6.321/1976.

Concluiu o Tribunal que não se pode abstrair a realidade inflacionária para manter imutável, durante longo período, o valor da alimentação. Desta forma, julgou procedente a ação anulatória de débito fiscal.

O primeiro questionamento deste processo, relativo à natureza indenizatória do auxílio-alimentação, quando a empresa obedece ao programa adremente aprovado pelo Ministério do Trabalho, nos termos do art. 28, § 9º, da Lei n. 8.212/1991, já está consagrado nesta Turma (precedente — REsp n. 261.111/CE, julgado em 04.03.2002).

A questão aqui discutida é outra, e diz respeito ao limite do auxílio-alimentação, entendendo o *INSS* que os valores que excederem os limites estabelecidos em

instruções normativas devem ser considerados como salário, incidindo sobre este excedente a contribuição previdenciária.

A empresa foi autuada porque a fiscalização, embora tenha comprovado a existência do programa de alimentação aprovado pelo Ministério do Trabalho, verificou que era pago o benefício em valor superior ao estipulado pelos Ministérios do Trabalho e da Fazenda.

Ora, se estão as empresas jungidas a um programa específico, estabelecido pela Lei n. 6.321, de 14.04.1976, é natural que obedeçam às instruções normativas que fixam os valores das refeições, não podendo ficar a critério dos empregadores a fixação desses quantitativos. É óbvio que a lei, ao falar em *Programa de Alimentação ao Trabalhador*, vincula as empresas em todos os seus itens, inclusive em referência aos valores que, extrapolados, fujam ao controle do programa.

A Lei n. 6.321/1976 fala, no art. 1º, em programa aprovado pelo Ministério do Trabalho, na forma em que dispuser o regulamento.

Ora, se a lei menciona vinculação a programa e se reporta a regulamento, é claro que há um limite, limite este estabelecido em instruções normativas.

Conforme assentado no acórdão recorrido, com base em constatação do laudo pericial (fls. 256/258), a empresa observou os limites constantes das instruções normativas, corrigindo apenas os valores fixados, em estrita obediência aos índices de atualização, o que afasta o *plus* sobre o qual seria possível a glosa da fiscalização previdenciária, merecendo confirmação, pois, o acórdão impugnado.

Quanto à correção monetária, a jurisprudência do STJ firmou-se pela inclusão dos expurgos inflacionários na repetição de indébito, utilizando-se: a) o *IPC* no período de março/1990 a janeiro/1991; b) o *INPC* de fevereiro/1991 a dezembro/1991; c) a *UFIR* de janeiro/1992 a 31.12.1995; e d) a partir de 1º.01.1996, a taxa *SELIC*. O índice de janeiro/1989 é de 42,72% (REsp n. 43.055/SP, DJ de 18.12.1995).

Confira-se o REsp n. 206.503/SP, DJ de 02.08.1999, e o REsp n. 192.015/SP, DJ de 16.08.1999.

Assim sendo, nego provimento ao recurso especial, confirmando o acórdão.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 356.318 — SP (2001/0129572-0)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: N Martiniano S/A Artefatos de Couro

Advogados: Eliane Regina Dandaró e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Valdir Serafim e outros

EMENTA

Tributário. PIS. Decretos-Leis ns. 2.445/1988 e 2.449/1988. Declaração de inconstitucionalidade incidental. STF. Efeitos **inter partes**. Resolução do Senado Federal. Extensão **erga omnes**. Repetição do indébito. Prescrição. Termo inicial. Base de cálculo. Prequestionamento. Ausência.

1. A declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal no REsp n. 148.754/RJ, somente passou a ter eficácia erga omnes com a publicação da Resolução do Senado Federal n. 49/1995, quando foram tornados sem efeito os Decretos-Leis n. 2.445/1988 e 2.449/1988.

2. O prazo prescricional para a propositura da ação de repetição de indébito do PIS cobrado com base nos dois decretos-leis iniciou-se, portanto, em 10 de outubro de 1995, data em que publicada a Resolução n. 49/1995 do Senado Federal, findando em 09 de outubro de 2000. Precedentes.

3. No caso em questão, a ação foi proposta em 09 de abril de 1996, não estando, portanto, fulminada pela prescrição.

4. Proposta a ação dentro do quinquênio que se seguir à publicação da Resolução Senatorial, tem direito o contribuinte de resgatar o que pagou indevidamente sem limite de prazo.

5. A ausência de prequestionamento torna inviável o conhecimento do especial quanto à matéria relativa à base de cálculo da contribuição ao PIS.

6. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Castro Meira, Relator

Publicado no DJ de 28.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial interposto por N Martiniano S/A Artefatos de Couro, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c** do permissivo constitucional, que desafia acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

“Tributário. Processual Civil. Mandado de segurança. PIS/PIS. Compensação. Correção monetária. Prescrição. Juros moratórios.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do PIS, recolhido nos moldes do DL n. 2.445/1988, e o Senado Federal, pela Resolução n. 49/1995, suspendeu a execução dos referidos diplomas legais.

2. A impetrante tem direito de compensar seu crédito com créditos do Fisco, vez que a contribuição em questão fora recolhida a maior, com base em normas jurídicas disciplinadoras da matéria e já declaradas inconstitucionais.

3. Possibilidade de compensação de créditos do PIS apenas com créditos da própria exação, na esteira do entendimento majoritário esposado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça.

4. A correção monetária deve ser calculada desde a data do recolhimento indevido, utilizando-se os mesmos índices utilizados pelo Fisco na atualização de seus créditos.

5. Consideram-se prescritos os pagamentos efetuados anteriormente aos quinquênios contados retroativamente da propositura da ação, como rezam os arts. 168, I, do CTN e art. 219, § 1º, do CPC.

6. São indevidos os juros de mora por não estarem previstos legalmente.

7. Apelação e remessa oficial improvidas” (fl. 216).

Aponta o Recorrente dissídio jurisprudencial e violação à Lei Federal, requerendo a prescrição decenal e o direito à aplicação do regime da semestralidade na apuração da base de cálculo da contribuição ao PIS.

Em contra-razões, sustenta a Fazenda Nacional, preliminarmente, a ausência de questionamento quanto à questão relativa à base de cálculo da contribuição

ao PIS. Defende, ainda, a prescrição quinquenal, com base no art. 168, inciso I, do CTN.

Admitido o recurso especial, vieram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): A controvérsia dos autos centra debate em dois pontos: preliminarmente, na incidência da prescrição em matéria tributária; no mérito, na questão relativa à fixação da base de cálculo do PIS semestralidade, até o advento da MP n. 1.212/1995.

Quanto à questão relativa à base de cálculo da contribuição ao PIS, o recurso especial não merece conhecimento, já que a matéria não foi objeto de prequestionamento. Com efeito, não há no acórdão recorrido qualquer menção à base de cálculo da exação ora em debate, nem houve o oferecimento de embargos com o objetivo de viabilizar a interposição do especial.

A questão a ser solucionada reside, portanto, unicamente, na fixação do critério para a contagem do prazo prescricional da ação de repetição de indébito de tributo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A egrégia Seção de Direito Público deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n. 42.720-5/RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 17.04.1995, pacificou entendimento segundo o qual, na hipótese de tributo declarado inconstitucional, o prazo de prescrição das ações de repetição de indébito será de 05 (cinco) anos a contar da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse julgado, o Ministro-Relator, citando o ilustre Professor **Hugo de Brito Machado**, argumentou:

“A presunção de constitucionalidade das leis não permite que se afirme a existência do direito à restituição do indébito, antes de declarada a inconstitucionalidade da lei em que se funda a cobrança do tributo. (...) Não é razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar a questão da constitucionalidade. Ele aceitou a lei, fundado na presunção de constitucionalidade desta. (...) Uma vez declarada a inconstitucionalidade, surge, então, para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção”.

Embora pacificada a aplicação do prazo quinquenal de prescrição às ações de repetição de indébito de tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo, a fixação precisa de seu **dies a quo** ainda tem gerado muitas divergências neta Corte.

Alguns Ilustres Pares têm sustentado a tese de que a contagem tem início com a publicação do acórdão; outros entendem — e esta posição é majoritária —, que o prazo se inicia a partir do trânsito em julgado da decisão; há quem sustente, ainda, que o prazo deve ser contado a partir da data em que proferida a decisão e, por último, o entendimento de que o prazo prescricional flui a partir da data em que publicada a Resolução Senatorial que suspende a eficácia da lei declarada inconstitucional.

Vinha entendendo que a contagem do prazo prescricional teria como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo que declara inconstitucional um tributo. Passo a rever minha posição por acreditar que há outro entendimento que melhor se harmoniza com o princípio da segurança jurídica e com as características imanentes aos sistemas de controle de constitucionalidade.

Registre-se, inicialmente, que o tipo de controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo, difuso ou concentrado, interfere na fixação do marco inicial de contagem do prazo prescricional. Se um tributo foi declarado inconstitucional em ação direta, o prazo de prescrição flui a partir da data em que publicada a decisão, já que opera efeitos **erga omnes** — contra todos — e **ex tunc** — desde o momento em que publicada a lei declarada inconstitucional.

Por seu turno, se o tributo foi declarado inconstitucional em controle difuso de constitucionalidade, como é o caso dos autos, somente a partir da data em que publicada a Resolução Senatorial, que retira a eficácia da lei declarada inconstitucional — **ex vi** do art. 52, inciso X, da Constituição da República, passa a correr o prazo prescricional para a repetição do indébito. Antes disso, a decisão que declara inconstitucional um tributo produz efeitos somente entre os sujeitos do processo, sem alcançar qualquer outra relação jurídica e, mesmo, desprovida de força vinculante.

Adoto essa nova orientação por entendê-la menos suscetível às inseguranças do mundo jurídico. Como se sabe, as decisões do Supremo, quando tomadas em sede de controle difuso de constitucionalidade, apenas operam efeitos nos limites do processo em que proferidas, vinculando, tão-somente, as partes nele envolvidas. Mesmo após o trânsito em julgado, se não houver Resolução do Senado suspendendo a eficácia da norma declarada inconstitucional, a decisão não repercute além dos limites do processo, nada impedindo que outros juízes e tribunais continuem a aplicar a norma, já que ela ainda não foi expurgada do ordenamento jurídico.

Registre-se, ainda, a possibilidade da questão não restar pacificada, nem mesmo, entre as Turmas que compõem a Suprema Corte. Não é difícil imaginar uma decisão turmária, portanto de órgão fracionário, já transitada em julgado, em con-

flito com o entendimento da outra Turma do STF, antes que a questão venha a ser enfrentada e pacificada pela Corte Suprema em sua composição plenária. Situações como essa, certamente, trariam insegurança e certa perplexidade ao mundo jurídico.

Ademais, o entendimento ora esposado é o que melhor se harmoniza com o perfil dúplice do controle judicial de constitucionalidade das normas, adotado por nosso ordenamento jurídico. Como se disse, antes da Resolução do Senado, que retira a eficácia da norma declarada inconstitucional, mesmo havendo trânsito em julgado da decisão, ela somente opera efeitos entre as partes litigantes e nos limites do processo. Permitir que uma decisão **inter partes** passe a repercutir de maneira geral é o mesmo que estender o limite da coisa julgada para além dos quadrantes do processo, para atingir a esfera de interesses de quem não foi parte na relação processual. Ao se admitir tal possibilidade, estar-se-ia desnaturando a clássica distinção entre o controle de constitucionalidade por via da ação e o controle por via de exceção, aproximando-se os seus efeitos.

O constitucionalista português **J. J. Gomes Canotilho** leciona que o controle de constitucionalidade “distingue-se entre um sistema em que o órgão competente para fiscalização da constitucionalidade anula o acto com eficácia **erga omnes** (*Allgemeinwirkung*) e um sistema de desaplicação com eficácia **inter partes**. No primeiro caso, o acto normativo, uma vez declarada a inconstitucionalidade, é eliminado do ordenamento jurídico; no segundo tipo, o acto normativo reconhecido como inconstitucional é desaplicado no caso concreto submetido à cognição do juiz, mas continuará em vigor até ser anulado, revogado ou suspenso pelos órgãos competentes.” (In “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 796)

Há alguns julgados recentes desta Segunda Turma que sustentam a tese ora esposada, de que o prazo prescricional das ações de repetição de indébito somente começa a fluir da data em que publicada a Resolução do Senado que retira a eficácia da norma declarada inconstitucional:

“Processual Civil. Tributário. Agravo regimental. PIS. Decretos-Leis ns. 2.445/1988 e 2.449/1988. Prescrição. Termo inicial. LC n. 7/1970. Base de cálculo. Semestralidade. Correção monetária. Impossibilidade.

1. Não cabe a este Tribunal proceder ao exame de violações à Constituição pela via estreita do recurso especial.

2. Esta Corte já pacificou o entendimento no sentido de que o termo **a quo** do lapso prescricional para pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de PIS é o da Resolução do Senado que suspendeu a

execução dos Decretos-Leis ns. 2.445/1988 e 2.449/1988, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal através do controle difuso.

3. Enquanto não ocorrido o respectivo fato gerador do tributo, não estará sujeita à correção monetária a base de cálculo do PIS apurada na forma da LC n. 07/1970. Entendimento consagrado pela Primeira Seção do STJ.

4. Agravo regimental improvido.” (Sem grifos no original)

(STJ — Segunda Turma, AgRg no REsp n. 449.019/PR, Rel. Min. João Otávio Noronha, J. à unanimidade em 20.05.2003, DJ de 09.06.2003)

“Tributário. Empréstimo compulsório sobre combustíveis. Decreto-Lei n. 2.288/1986. Declaração de inconstitucionalidade incidental. STF. Efeitos **intra partes**. Resolução do Senado Federal. Extensão **erga omnes**. Prescrição. Termo inicial.

1. A declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente pelo excelso Supremo Tribunal Federal no RE n. 121.336/CE somente passou a ter eficácia **erga omnes** quando da promulgação da Resolução do Senado Federal n. 50/1995, ocasião em que foram tornados sem efeito os atos praticados sob abrigo dos artigos suspensos do Decreto n. 2.288/1986.

2. O prazo prescricional, portanto, iniciou-se em 09.10.1995, data em que foi editada a Resolução Senatorial, que tornou indevidos, **erga omnes**, os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre combustíveis - hipótese autorizadora da repetição de indébito, **ex vi** do art. 165, inciso I do Código Tributário Nacional — findando-se em 08.10.2000.

3. No caso em questão, a ação foi proposta em 23 de julho de 1996, não estando, portanto, fulminada pela prescrição.

4. Agravo regimental improvido”.

(STJ — Segunda Turma, AgRg no REsp n. 267.718/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, J. à unanimidade em 07.03.2002, DJ de 05.05.2003)

No presente caso, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n. 148.754/RJ, declarou, em controle difuso, a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis ns. 2.445/1988 e 2.449/1988, que alteraram a sistemática de apuração do PIS, matéria sob reserva de lei complementar, segundo a Constituição Federal então vigente. Posteriormente, o Senado Federal fez publicar, em 10 de outubro de 1995, a Resolução n. 49/1995, que suspendeu a execução dos referidos diplomas legais nos seguintes termos:

“Art. 1º - É suspensa a execução dos Decretos-Leis ns. 2.445, de 29 de junho

de 1988, e 2.449, de 21 de julho de 1988, declarados inconstitucionais por decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 148.754/RJ”.

A declaração de inconstitucionalidade proferida pela Corte Suprema, nos autos do REsp n. 148.754/RJ, somente passou a ter eficácia **erga omnes** quando publicada a Resolução do Senado Federal n. 49/1995, vale dizer, 10.10.1995, ocasião em que tornados sem efeito, de maneira geral, os atos praticados sob o abrigo dos Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988.

Sendo assim, o prazo prescricional iniciou-se em 10 de outubro de 1995, data em que publicada a referida Resolução, findando-se em 09 de outubro de 2000. No caso em questão, a ação foi proposta em 09 de abril de 1996, não estando, portanto, fulminada pela prescrição.

Por derradeiro, saliento que, proposta a ação dentro do quinquênio que se seguir à publicação da Resolução Senatorial, tem direito o contribuinte de resgatar o que pagou indevidamente sem limite de prazo.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 423.795 — RS (2002/0033807-9)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: União

Recorrido: Pio Sodalício das Damas de Caridade de Caxias do Sul

Advogada: Márcia Tereza Cecchetto

EMENTA

Processo Civil — Recurso especial — Matéria acerca de descontos, pelo Inamps, de créditos devidos a hospital, de valores reembolsados aos segurados por honorários pagos por estes a anestesistas — Reconhecido o desconto indevido em 1ª e 2ª instâncias — Pretendida reforma — alegada violação a vários dispositivos legais — Recurso conhecido e provido, em parte.

— Não há falar em violação aos arts. 458 e 535 do estatuto processual civil, tendo em vista que a única matéria ventilada nos embargos de declaração foi a relativa aos juros de mora e esse tema foi decidido nos limites da pretensão deduzida.

— No que toca à suposta violação aos artigos 131 e 334, incisos I, II e III, todos do Código de Processo Civil e 1.009 e 881 do Código Civil, verifica-se, sem maiores esforços, que reclamam o necessário prequestionamento. É cediço que “configura-se o prequestionamento quando a causa é decidida à luz da legislação federal indicada, e ocorre emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto” (cf. REsp n. 401.411/AM, Relatora Ministra Eliana Calmon, **in** DJ de 05.05.2003).

— Merece consignar que, a teor do que dispõe o artigo 1.062 do Código Civil de 1916, “a taxa dos juros moratórios, quando não convenionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano”. Assim, pois, merece reparo o **decisum** atacado somente nessa parte.

— Recurso especial conhecido e provido, em parte

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Franciulli Netto, Relator

Publicado no DJ de 23.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Versam os autos sobre recurso especial ajuizado pela União Federal, com suporte no artigo 105, inciso III, letra **a**, da Carta Política, tendo por objeto a integral reforma do v. acórdão proveniente do colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cujos termos estão vazados na seguinte ementa:

“Administrativo — Hospital conveniado com o Inamps — Desconto, por este, dos créditos do hospital, de quantias reembolsadas aos pacientes por honorários pagos a anestesistas — Ilegitimidade — Profissionais autônomos, não vinculados ao hospital e descredenciados do Inamps, que prestavam serviços a título particular.

1. Comprovado pericialmente que o Inamps não pagava ao hospital os serviços prestados por anestesistas autônomos, não podia a autarquia descontar do hospital os reembolsos feitos aos pacientes pelos honorários que pagaram diretamente a esses profissionais.

2. Decaindo o autor de parte mínima do pedido, os honorários advocatícios devem ser suportados por inteiro pelo réu (art. 21, parágrafo único, do CPC).

3. Apelo da União improvido. Provido o apelo do autor” (fl. 217).

A União Federal, inconformada com esse desfecho, opôs embargos de declaração, “para a adequada fixação do valor dos juros, aspecto omitido na v. decisão” (fl. 220). Ponderou, na ocasião, que o “r. acórdão embargado deixou de considerar o fato de que, na ausência de norma expressa regulando a taxa de juros, vigora o disposto no art. 1.062 do Código Civil, que prevê os juros à razão de 6% ao ano” (fl. 221).

A Corte de origem, contudo, ao se pronunciar sobre o pleito houve por bem rejeitar os embargos de declaração.

Diante dessas peculiaridades, vieram a lume recursos especial e extraordinários. O recurso de competência deste Sodalício está ancorado na violação aos seguintes artigos: 458, inciso II, e 535, inciso II, ambos do estatuto processual civil; 131 e 334, incisos I, II e III, todos do Código de Processo Civil; 1.009 e 881, do Código Civil e 1ª da Lei n. 4.414/1964 c.c. o artigo 1.062 do Código Civil (fls. 232/254).

Apresentadas as contra-razões, ao depois a egrégia Vice-Presidência da Corte Regional admitiu tão-só o recurso especial.

É a síntese.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Cumpre lembrar os aspectos fáticos que deram ensejo ao presente recurso.

Emerge dos autos que Pio Sodalício das Damas de Caridade de Caxias do Sul, entidade mantenedora do Hospital Pompéia ajuizou medida cautelar inominada e ação ordinária contra o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social — Inamps, substituído pela União Federal. Assentou que o referido Instituto havia decidido por descontar, da entidade, quantias reembolsadas aos segurados que estes haviam pago diretamente aos médicos anestesistas. Alegou o Hospital, na oportunidade, que o sobredito desconto não era devido, tendo em vista que o Inamps não pagava os honorários dos anestesistas, mas, somente os serviços que a entidade prestava por meio do convênio.

O Inamps, por sua vez, obtemperou que descontou o reembolso, aos segurados, a título de honorários de anestesistas, em virtude da disposição contida em contrato-padrão.

A pedido do referido Instituto foi realizada perícia contábil, uma vez que essa prova seria de suma importância para dirimir o objeto da controvérsia. Após a apresentação de quesitos tão-só pelo Hospital e apresentado o laudo pericial, pugnaram as partes pelo julgamento antecipado da lide.

Assim, pois, a r. sentença de 1ª instância, ancorada na prova pericial, julgou procedente, em parte, as ações cautelar e ordinária. Consignou que os Médicos Anestesistas não tinham qualquer vínculo de emprego com o Hospital, bem como não mais estavam credenciados no Inamps, razão por que cobravam dos segurados diretamente os valores que reputavam devidos. Dessa feita, não cabia ao Instituto emitir ordem de recebimento contra o Hospital se o montante era pago diretamente aos médicos anestesistas. O MM. Juízo afastou a possibilidade de repetição dos valores a serem descontados posteriormente, uma vez que somente é possível a restituição do que efetivamente foi recolhido. Ao final, diante da sucumbência recíproca, isentou as partes dos honorários, porém, condenou-os proporcionalmente nas custas.

Ao reexame necessário somaram-se os apelos das partes. A União Federal sustentou que o Hospital recebeu pelos serviços prestados, incluídos os honorários de anesthesiologistas, motivo pelo qual a r. sentença deveria ser reformada, em parte. De outra banda, o Hospital postulou a condenação da parte contrária em honorários advocatícios.

A Corte de origem, conforme já asseverado, negou provimento aos recursos oficial e voluntário da Fazenda Pública e proveu o do Hospital, para fixar em 12% o valor dos honorários advocatícios a serem suportados pela União Federal, em vista do decaimento mínimo.

A Fazenda Nacional, contudo, opôs embargos de declaração, partindo da premissa de que o acórdão da Corte de origem estava omisso somente na parte em que manteve o percentual dos juros fixados na r. sentença de 1ª grau.

A Corte Regional Federal rejeitou a pretensão recursal e pontificou que o modo de julgar não padecia de nenhuma pecha, ou, por outras palavras, manteve o **decisum** monocrático incólume no que toca à matéria dos juros.

De todo esse contexto fático brotou o presente recurso especial.

Por primeiro, cumpre examinar a aventada afronta aos artigos 458, inciso II, e 535, inciso II, ambos do diploma processual civil, diante da ausência de pronun-

ciamento do Tribunal Regional Federal sobre a questão dos juros de mora, uma vez que devem ser calculados nos termos do artigo 1º da Lei n. 4.414/1964 c.c. o artigo 1.062 do Código Civil.

Registre-se que, por ocasião da oposição dos embargos de declaração, a União Federal mencionou, apenas, a regra contida no artigo 1.062 do diploma civil, sem se preocupar em ventilar a regra prevista no artigo 1º da Lei n. 4.414/1964. Seja como for, não merece guarida o inconformismo da Fazenda Pública quanto à alegada afronta aos preditos dispositivos processuais.

Em verdade, a Corte **a quo** se pronunciou nos limites da pretensão deduzida pela embargante, uma vez que o entendimento da Turma Julgadora estava em harmonia com a r. sentença. Dessa maneira, ficou mantido o percentual de 12 ao ano a contar do trânsito em julgado. A prestação jurisdicional, quanto a esse tema, foi dada no limite pleiteado.

De qualquer forma, se a única matéria ventilada nos embargos de declaração foi a relativa aos juros de mora e esse tema foi decidido nos limites da pretensão deduzida, não há falar em violação aos artigos 458 e 535 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, no que toca à suposta violação aos artigos 131 e 334, incisos I, II e III, todos do Código de Processo Civil; 1.009 e 881 do Código Civil, verifica-se, sem maiores esforços, que reclamam o necessário prequestionamento viabilizador do conhecimento do recurso especial.

Acerca do julgamento prévio pela Corte de origem, da norma legal indicada como violada, prevalece o entendimento segundo o qual “configura-se o prequestionamento quando a causa é decidida à luz da legislação federal indicada, e ocorre emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto” (cf. REsp n. 401.411/AM, Relatora Ministra Eliana Calmon, in DJ de 05.05.2003).

Assim, no caso em apreço, ausente o prequestionamento, de modo a incidir a Súmula n. 282 do Pretório excelso.

Com o fito de espancar eventual dúvida, é de rigor alertar que, na hipótese, não se cogita da incidência da Súmula n. 211 desta Corte Superior (“É inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal **a quo**”), uma vez que os mencionados embargos de declaração, repita-se, somente ventilaram a matéria relativa aos juros de mora.

Desse modo, também nessa parte, não merece sequer conhecimento o recurso especial.

Sobeja examinar a alegada violação, pela Corte de origem, do artigo 1º da Lei n. 4.414/1964 c.c. o artigo 1.062 do Código Civil.

A par de o artigo 1º da Lei n. 4.414/1964 não ter sido devidamente agitado na Instância Regional Federal, merece consignar que, a teor do que dispõe o artigo 1.062 do Código Civil de 1916, “a taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano”. Assim, pois, merece reparo o **decisum** atacado somente nessa parte.

Pelo que precede, conheço e dou provimento, em parte, ao recurso especial apresentado pela União Federal, tão-só para fixar os juros moratórios em 6% (seis por cento) ao ano.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 427.786 — RS (2002/0043014-5)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Supermercados Febernati S/A

Advogados: Luiz Carlos Buchain e outros

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Advogada: Marcia Pinheiro Amantea

Recorrido: Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas — Sebrae

EMENTA

Recurso especial — alíneas **a** e **c** — Processo Civil — Ação de conhecimento — Exclusão de litisconsorte passivo — Indeferimento da inicial em relação a um dos réus — Extinção da ação e não do processo — Decisão interlocutória — Recurso cabível — Agravo de instrumento — Aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

É firme a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que o ato judicial que exclui litisconsorte passivo não põe termo ao processo, mas somente à ação em relação a um dos réus. Por essa razão, o recurso cabível é o agravo de instrumento, e não apelação (cf. REsp n. 164.729/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 1º.06.1998, REsp n. 219.132/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 1º.11.1999 e

REsp n. 14.878/SP, Rel. para o acórdão Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 16.03.1992, dentre outros).

Se inexistir dúvida objetiva acerca do recurso cabível, não se admite a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 15 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

Publicado no DJ de 04.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial interposto por Supermercados Febernati S/A, com fundamento nas alíneas **a** e **c**, do inciso III do artigo 105 da Constituição da República, contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região cuja ementa guarda o seguinte teor:

“Processo Civil — Recurso — Não-conhecimento.

Da decisão que indefere a petição inicial somente em relação a um dos réus, determinando a citação em relação ao outro, importando com isso no prosseguimento da demanda, o recurso admissível é o agravo (art. 522, CPC).

Inaplicável à espécie o princípio da fungibilidade recursal em razão da verificação de erro grosseiro” (fl. 532).

Rejeitados os embargos de declaração, sobreveio o presente recurso, no qual aduz, em síntese, que restaram violados os comandos dos artigos 267, I, 296 e 513 do Código de Processo Civil. Afirma que o art. 296 é expresso ao afirmar que do indeferimento da petição inicial caberá apelação, regra ratificada pelos artigos 267, I e 513 do CPC. Aponta, ainda, dissídio jurisprudencial com precedente no qual restou consignado que embora a maior parte da jurisprudência entenda ser o agra-

vo de instrumento o recurso adequado, há opiniões respeitáveis no sentido de que a apelação também é adequada (fls. 554/559).

Sem contra-razões (fl. 565).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Oportuno realçar, inicialmente, que, embora não tenham sido expressamente apontados na decisão os dispositivos de lei federal mencionados pela recorrente, é de fácil inferência que a questão jurídica foi efetivamente examinada pela Corte de origem, pelo que se pode concluir que houve prequestionamento implícito dos dispositivos de lei federal tidos por malferidos.

Emerge dos autos que r. Juiz federal da 2ª Vara da Circunscrição Judiciária de Porto Alegre, antes do cumprimento do despacho que ordenou a citação dos réus, INSS e Sebrae, em ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, houve por bem indeferir a inicial com relação ao Sebrae, excluindo-o do pólo passivo da demanda.

Entendeu o douto magistrado que o Sebrae é entidade privada de utilidade pública, desvinculada da Administração Pública Federal e, por isso, não compete à Justiça Federal conhecer de ação proposta contra ela.

Dessa decisão a recorrente interpôs apelação, da qual a egrégia Corte de origem sequer conheceu por entender que o ato do juiz não pôs termo ao processo, razão por que o recurso cabível é o agravo de instrumento (fls. 513/514).

Incensurável o r. **decisum** profligado.

É firme a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que o ato judicial que exclui litisconsorte passivo não põe termo ao processo, mas somente à ação em relação a um dos réus. Por essa razão, o recurso cabível é o agravo de instrumento, e não apelação.

Preleciona o nobre **Nelson Nery Junior** que “a sentença é definida pelo CPC 162, § 1º, como o ato do juiz que, decidindo ou não o mérito, coloca fim ao processo. Se o magistrado colocar fim à ação, nem sempre estará proferindo sentença, já que ação não se confunde com processo. Somente haverá sentença se a extinção da ação coincidir com a extinção do processo. Assim, por exemplo, se o juiz indefere liminarmente a reconvenção, está extinguindo a ação reconvenicional, mas não o processo, que continua com o procedimento da ação principal: este ato é decisão interlocutória” (in “Código de Processo Civil Comentado”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 854, comentário ao artigo 513).

Na mesma senda, anota **Theotônio Negrão**:

“Somente é apelável o ato judicial que extingue todo o processo (e não parte dele), sem ou com julgamento de mérito; se o processo continua, esse ato judicial comporta agravo” (**in** “CPC e Legislação Processual Civil em Vigor”, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 335, nota n. 2 ao art. 267).

E passa o autor a elencar diversas situações em que será cabível o agravo, tais como a decisão que rejeita **in limine** reconvenção ou declaratória incidental; a que põe termo à ação principal, mas determina o prosseguimento da execução ou da reconvenção; a que exclui co-autor ou co-réu, dentre outras (cf. op. cit., p. 267).

Dessas lições se infere que, mesmo na hipótese de exclusão de litisconsorte passivo, não proferiu sentença o magistrado, ainda que ponha termo à ação em relação a um dos litisconsortes. Ação e processo são conceitos que não se confundem e, se esse prosseguir, a decisão desafia agravo e não apelação.

Não é de se admitir, pois, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Sabem-no todos, ocioso rememorar, que a doutrina (cf. **Nelson Nery Junior**, **in** “Princípios Fundamentais — Teoria dos Recursos”, 5ª ed., Editora RT, pp. 119/144) e a jurisprudência (cf. RMS n. 5.663/ES, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, **in** DJ de 15.04.1996 e REsp n. 59.330/RJ, Relator Felix Fischer, **in** DJ de 15.12.1997) consagram o entendimento de que, para incidência do princípio supra-referido, há necessidade do preenchimento de três requisitos: 1) dúvida objetiva acerca de qual recurso cabível; 2) ausência de erro grosseiro e 3) prazo recursal.

O Código de Processo Civil, por sua vez, prevê, expressamente, as hipóteses de cabimento de apelação (arts. 513 e segs.) e agravo de instrumento (arts. 522 e segs.), razão por que fica afastada a hipótese de dúvida sobre o cabimento do recurso contra decisão que exclui co-réu da lide.

O reflexo lógico da ausência da dúvida objetiva acerca do recurso próprio para o inconformismo da parte, repercute diretamente na ocorrência de erro grosseiro. Pontifica **Nelson Nery Junior** que “configura erro grosseiro a interposição de recurso errado, quando o correto se encontra indicado expressamente no texto de lei” (cf. op. cit., p. 135).

No que toca à questão do prazo recursal, embora existam entendimentos no sentido de que o recurso ajuizado erroneamente deverá ter sido protocolizado dentro do prazo daquele que se almeja transformá-lo, não se deve esquecer que, se preenchidos os requisitos da ocorrência de dúvida objetiva e da falta de erro grosseiro, poder-se-ia admitir como irrelevante a questão do prazo.

Na hipótese, entretanto, inviável a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, uma vez que não foram observados os pressupostos necessários ao seu reconhecimento.

É certo que vigora no sistema processual brasileiro o princípio da instrumentalidade das formas, cujo corolário, no que se refere aos recursos, é, indubitavelmente, o princípio da fungibilidade. Ocorre, porém, que o fato de ter um mesmo Tribunal a competência para o julgamento, tanto do recurso interposto erroneamente, como daquele que caberia na hipótese, é requisito óbvio, mas não único.

Esse entendimento prevaleceu em diversos julgados desta Corte, a exemplo do REsp n. 164.729/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 1^a.06.1998, cuja ementa guarda o seguinte teor:

“Processual Civil. Usucapião. Antigos aldeamentos indígenas. Falta de interesse da União. Ato jurisdicional que exclui litisconsortes. Prosseguimento do feito. Natureza jurídica do ato. Decisão interlocutória. Interposição de apelação equivocada. Fungibilidade recursal. Inadmissibilidade. Inexistência de dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência. Prazo do recurso adequado não observado. Necessidade de sua observância. Dissídio superado. Recurso desacolhido.

I - O ato pelo qual o juiz exclui litisconsorte em natureza jurídica de decisão interlocutória, sujeita, portanto, a interposição do recurso de agravo.

II - Não se admite o princípio da fungibilidade recursal se inexistente dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência a respeito do cabimento do recurso na espécie. Inaplicável, ademais, referido princípio, em virtude do recurso inadequado não ter sido interposto no prazo próprio”.

A título de reforço, veja-se, também, os seguintes arestos deste Sodalício:

“Agravo de instrumento. Exclusão de partes.

Cabe agravo de instrumento, e não apelação, da decisão que exclui da lide um dos autores e vários réus, sem extinguir o processo. Precedentes.

Recurso conhecido e provido” (REsp n. 219.132/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 1^a.11.1999).

(...)

“Exclusão do co-réu — Recurso cabível não se extinguindo o processo, cabível é o agravo de instrumento e não a apelação” (REsp n. 14.878/SP, Rel. para o acórdão Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 16.03.1992).

Vide também o AgRg no Ag n. 126.734/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo

Teixeira, DJ de 18.08.1997; REsp n. 78.041/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 18.03.1996 e o REsp n. 14.878/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 16.03.1992, dentre outros.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 440.219 — PR (2002/0073151-0)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Protec Engenharia de Projetos S/C Ltda

Advogado: Alexandre Bleggi Araújo

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros

EMENTA

Tributário. Recurso especial. Prequestionamento. Sociedades prestadoras de serviço. Cofins. Isenção. Aplicação da Súmula n. 276/STJ. Compensação.

1. “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado” (Súmula n. 276/STJ).

2. Recurso especial provido para afastar a incidência do mencionado tributo e também para declarar o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

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

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

Publicado no DJ de 24.11.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto por Protec Engenharia de Projetos S/C contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ementado nos seguintes termos:

“Tributário. Sociedades civis de profissões regulamentadas. Isenção. LC 70/1991, art. 6º, II. Lei n. 9.430/1996, art. 56. Revogação da isenção. Lei complementar. Exigência. Desnecessidade.

1. O art. 6º, II, da LC n. 70/1991 foi expressamente revogado pelo art. 56 da Lei n. 9.430/1996, sem que houvesse necessidade de lei complementar porquanto a matriz constitucional da Cofins está no art. 195-I da CF/1988. Precedentes do STF: ADC 1-1-DF e REsp n. 138.284/CE (RTJ 143/313).

2. Apelação improvida.”

Sustenta a recorrente violação à norma inscrita no art. 6º, inciso II, da Lei Complementar n. 70/1991, bem como a existência de divergência jurisprudencial relativa à aplicação do referido dispositivo. Requer, ainda, declaração do direito à compensação dos valores já recolhidos a título de Cofins.

Apresentadas contra-razões pela Fazenda Nacional, subiram os autos por força do juízo positivo de admissibilidade realizado na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): A questão envolvendo a isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais encontra-se pacificada neste Sodalício desde a edição da Súmula n. 276, cujo verbete encontra-se assim redigido:

“As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial* para afastar a incidência do mencionado tributo e também para declarar o direito à compensação dos valo-

res indevidamente recolhidos, observados os limites da inicial, bem como a legislação vigente aplicável à espécie.

Sem condenação em honorários em razão do disposto no Enunciado n. 105 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 471.107 — MG (2002/0124434-0)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: José Rodrigues dos Santos Filho

Advogado: Miguel Arcanjo da Silva

Recorrida: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais

Procuradores: Élcio Reis e outros

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Responsabilidade do sócio-gerente. Artigo 135, III, do CTN. Precedentes.

1. A imputação da responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à configuração das demais condutas nele descritas: práticas de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 09 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Cuida-se de recurso especial interposto por José Rodrigues dos Santos Filho com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que negou provimento ao agravo com base no entendimento de que é possível o redirecionamento da execução contra os sócios-gerentes da empresa, mesmo nos casos em que o nome não constar da respectiva Certidão da Dívida Ativa.

O Recorrente sustenta violação dos arts. 134, 135 e 137 do CTN, 2º e 4º da Lei n. 6.830/1980 e 264 do Código de Processo Civil.

Fundamenta sua pretensão, ainda, em suposto dissídio jurisprudencial existente com julgados desta Corte Superior e de outros Tribunais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que a imputação da responsabilidade prevista no art. 135, inciso III, do CTN não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à comprovação das demais condutas nele descritas: prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Desse modo, não há que se falar em responsabilidade objetiva. A propósito, confira-se o seguinte precedente:

“Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Responsabilidade de sócio-gerente. Limites. Art. 135, III, do CTN. Precedentes.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

2. Em qualquer espécie de sociedade comercial é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei n. 6.404/1976).

3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios

(diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.

5. Precedentes desta Corte Superior.

6. Embargos de divergência rejeitados.”

(Primeira Seção, EREsp n. 174.352, Relator Ministro José Delgado, DJ de 20.08.2001. Confira-se ainda: Primeira Turma, AgRg no REsp n. 395.242, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 09.12.2002; Segunda Turma, REsp n. 436.802, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 25.11.2002).

Assim sendo, em face da ausência de comprovação nos autos dos pressupostos subjetivos necessários à caracterização das condutas descritas no dispositivo acima mencionado, *dou provimento ao recurso especial*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 514.675 — RS (2003/0051882-9)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrentes: Navegação Cais Muratta Ltda e outro

Advogados: Mauro José da Silva Jaeger e outro

Recorrido: Município do Rio Grande

Procuradores: José Eduardo Santos da Silva e outros

EMENTA

Tributário. Recurso especial. ISS. Serviços de reboque de navios. Lei Complementar n. 56/1987. Lista de serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968. Item 87. Não incidência de ISS.

Os serviços de reboque de navios podem ser utilizados como serviços de apoio à navegação, para auxiliar tanto na atracação como na

desatracação dos navios feitas pela administração portuária, conduzir as embarcações por pontos do porto ou trazê-las para dentro e levá-las para fora deste.

A utilização de rebocadores para auxiliar a atracação do navio não significa, contudo, que os serviços de reboque de navios confundem-se com os de atracação, nem que integram esses serviços. Com efeito, não são sequer indispensáveis aos serviços de atracação, pois os navios podem ser atracados ou desatracados sem o auxílio dos rebocadores, que se pode restringir às manobras das embarcações.

“Os serviços de rebocagem marítima não se confundem com os serviços de atracação e desatracação dos navios, não incidindo ISS, por falta de previsão legal” (REsp n. 308.734/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. Francisco Falcão, DJ de 1^a.07.2002).

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

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

Ministro Franciulli Netto, Relator

Publicado no DJ de 08.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial interposto por Navegação Cais Muratta Ltda e F. Andreis & Cia Ltda, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja ementa restou redigida nos seguintes termos:

“Tributário. Imposto Sobre Serviços. Serviços de reboque e atracação de

embarcações. Incidência do ISS. Previsão expressa na lista de serviços, anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968.

Incontroverso que a Lista de Serviços anexa ao DL n. 406/1968, no todo, é taxativa, comportando interpretação restrita. Contudo, cada um de seus itens comporta interpretação ampla.

O serviço de rebocagem da embarcação faz parte da atracação, esta expressamente prevista no item 87, da Lista de Serviços, e, como tal, passível de tributação e incidência do ISS.

Apelação provida.

Reexame necessário prejudicado” (fl. 2.344).

Alegam as recorrentes, empresas que realizam condução e reboque de navios, que suas atividades não estão elencadas nos itens listados no Decreto-Lei n. 834/1969 pela Lei Complementar n. 56/1987. Sustentam que “os rebocadores não fazem a atracação (amarrar navios nos cais), mas limitam-se a auxiliar as manobras das embarcações” (fl. 2.363).

Apontam, ainda, divergência jurisprudencial com julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, no sentido de que “os serviços auxiliares de reboque não se compreendem entre os serviços portuários, eis que atividade-meio destinada a auxiliar na atracação e desatracação dos navios nos portos” (fl. 2.371).

Por fim, afirmam que a Lei Complementar n. 59/1987 é inconstitucional, por ausência de **quorum** qualificado quando da sua aprovação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Cinge-se a controvérsia à incidência de ISS sobre a atividade de reboque de navios.

A Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968, conforme a redação determinada pela Lei Complementar n. 56/1987, ao prever a incidência do ISS, dispõe, no item 87:

“87. Serviços portuários e aeroportuários; utilização de porto ou aeroporto; atracação; capatazia; armazenagem interna, externa e especial; suprimento de água, serviços acessórios; movimentação de mercadorias fora do cais”.

A Corte de origem, ao examinar o referido item, entendeu que o serviço de reboque da embarcação faz parte da atracação, de forma a incidir o ISS.

O artigo 7º do Decreto n. 24.508/1934 definia atracação como “a vantagem que usufruem os navios de utilizar-se dos cais, ou pontes de acostarem, nos portos organizados, para realizarem, directamente, de ou para a terra, suas operações de carregamento ou de descarga”.

Já os reboques eram definidos, no artigo 16 do mencionado decreto, como os serviços “que a administração do porto pode realizar, com seus rebocadores, para auxiliar os navios em sua atracação, ou desatracação, para conduzi-los de um ponto para outro no porto, ou ainda, para trazê-los para dentro, ou levá-los para fora deste”.

Sérgio Pinto Martins ensina que “a atracação envolve o ato de amarrar à terra ou fazer chegar a ela o barco ou navio, de aportar. O serviço de atracação depende de uma série de outros serviços, (...). Somente depois da verificação daquelas situações é que o navio é liberado; enquanto isso, aguarda ao largo sua liberação” (in “Manual do Imposto sobre Serviços”, 3ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2000, p. 160).

Rebocar, consoante definição do “Dicionário Aurélio”, significa “puxar com corda, cabo, corrente etc. (embarcação ou veículo), a fim de levá-lo a determinado destino, ou auxiliá-lo em manobra de atracação, desatracação etc.”.

Os serviços de reboque de navios podem ser utilizados como serviços de apoio à navegação, para auxiliar tanto na atracação como na desatracação dos navios feitas pela administração portuária, conduzir as embarcações por pontos do porto ou trazê-las para dentro e levá-las para fora deste.

A utilização de rebocadores para auxiliar a atracação do navio não significa, contudo, que os serviços de reboque de navios confundem-se com os de atracação, nem que integram esses serviços. Com efeito, não são sequer indispensáveis aos serviços de atracação, pois os navios podem ser atracados ou desatracados sem o auxílio dos rebocadores, que se pode restringir às manobras das embarcações.

A respeito do tema, cumpre transcrever trecho de voto proferido pelo ilustre Ministro Humberto Gomes de Barros no julgamento do Recurso Especial n. 308.734/RJ:

“O tema que se discute é a consideração da chamada rebocagem como um componente da operação de atracação.

Tenho para mim, (...), que há situações em que o reboque nem sempre tem como escopo a atracação.

O tema faz-me lembrar o porto de Maceió, na época da safra. A muitos navios faltava espaço para atracação. Por isso, os barcos ficavam ancorados à espera das alvarengas, levadas por rebocadores à abordagem. (...). Lembro

essa cena para observar que naquele mister o rebocador funcionava como auxiliar de não-atracação.

Necessariamente, não é possível confundirem-se as duas operações. A rebocagem, às vezes, é auxiliar, mas, na maioria das vezes, é uma operação que atende um navio que não atracou”.

O referido julgado da egrégia Primeira Turma desta colenda Corte restou ementado nos seguintes termos:

“Tributário. ISS. Rebocagem marítima. Inexistência de previsão. Decreto-Lei n. 406/1968.

— Os serviços de rebocagem marítima não se confundem com os serviços de atracação e desatracação dos navios, não incidindo ISS, por falta de previsão legal.

— *Recurso especial provido*” (Rel. p/ o acórdão Min. Francisco Falcão, DJ de 1^a.07.2002).

Para finalizar, é de bom conselho observar que a situação presente é anterior à Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, cuja lista anexa prevê, no item 20.01, a incidência do ISS, entre outros casos, nos de atracação e desatracação nos portos.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.
