



Jurisprudência da Primeira Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA
CAUTELAR N. 5.285 — RN (2002/0078300-7)**

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Agravante: Transflor Ltda
Advogados: Zara Pessoa Cortez e outros
Agravados: Município de Natal e Transportes Pirangy Ltda
Advogados: Luciane Pinto Brandão e outro
Litisconsorte passivo: Transportes Guanabara Ltda
Advogados: Márcio Ruperto Souza das Chagas e outro

EMENTA

Agravo regimental — Medida cautelar — Recurso especial — Efeito suspensivo — Pedidos idênticos — Subversão da ordem processual — Antecipação do mérito do especial — Suposta defesa de “interesse público” — Súmula n. 182/STJ.

1. A concessão de liminar ou a procedência de medida cautelar para atribuir efeito suspensivo não pode esvaziar o objeto do recurso especial.

2. Não se discute “interesse público”, mesmo porque, a agravante não possui legitimidade para representá-lo judicialmente.

3. Ausência de ataque a todos os fundamentos da decisão agravada. Aplicação da Súmula n. 182/STJ.

4. Regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Transflor Ltda interpõe agravo regimental contra decisão que negou seguimento a medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial.

A decisão agravada está assentada nos seguintes fundamentos:

a) se “concedida a liminar ou a cautela requeridas estaria esvaziado o objeto do recurso especial, subvertendo o processo.” (Fl. 768); e,

b) em análise superficial, o recurso especial, a que se pretende dar efeito suspensivo, busca reexame de provas, portanto, inviável.

A agravante sustenta que a decisão não examinou a questão da prevalência do interesse público sobre o privado.

Enfim, a agravante reafirma a existência de “fumaça do bom direito” e do “perigo na demora”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Primeiramente, observo que a concessão da liminar ou mesmo da cautela, neste caso, seria completa subversão à devida ordem processual. O recurso especial foi tirado em acórdão de agravo de instrumento contra decisão de antecipação de tutela. Concedendo a liminar, estaria antecipado o mérito do especial, vez que, especial e cautelar, possuem pedidos idênticos. Em caso análogo, o mesmo entendimento já foi sufragado, veja-se:

“I - Evidenciada a falta de possibilidade jurídica do pedido, tem-se a extinção do processo.

II - É inviável a atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial que visa desconstituir acórdão em agravo de instrumento promovido contra decisão em medida cautelar que revogou liminar. Verifica-se que a procedência da presente cautelar, implicando na restauração da liminar revogada, subverte o **iter** processual, antecipando o mérito do recurso especial.

III - Agravo regimental improvido.” (AgRg na MC n. 1.498/Falcão)

A concessão de liminar ou a procedência de medida cautelar para atribuir efeito suspensivo não pode esvaziar o objeto do recurso especial.

Inexiste prevalência do interesse particular sobre o público. Não se discute “interesse público”, mesmo porque, a agravante não possui legitimidade para representá-lo judicialmente.

Não bastasse, a agravante não ataca todos os fundamentos da decisão agravada. Esqueceu o argumento atinente ao reexame de provas pretendido no recurso especial a que buscava emprestar efeito suspensivo. Esta questão, por si só, manteria a decisão agravada. Incide a Súmula n. 182/STJ, **in verbis**:

“É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”.

Nego provimento ao agravo, mantendo a decisão agravada.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM
MANDADO DE SEGURANÇA N. 16.022 — RJ (2003/0027705-3)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Eduardo de Souza Gouvêa

Advogados: Eduardo de Souza Gouvêa e outro

Agravado: Estado do Rio de Janeiro

Advogado: Antonio de F. Murta Filho

EMENTA

Processual Civil e Constitucional. Recurso ordinário. Mandado de segurança. Seqüestro de renda pública para pagamento de precatório. Inocorrência de quebra da ordem cronológica. Crédito de natureza alimentar. Art. 78 do ADCT. Falta de indicação do **quantum** a ser seqüestrado. Impossibilidade.

I - Inocorrente na espécie a preterição da ordem cronológica de apresentação dos precatórios, prevista no art. 100, § 2º, da CF/1988.

II - O **caput** do art. 78 do ADCT ressalva a aplicação do seqüestro quando se tratar de crédito de natureza alimentar.

III - Não assiste direito líquido e certo ao impetrante, vez que seu pedido é para o seqüestro dos valores necessários à satisfação de seu precatório e dos que o antecedem, sem se referir a uma quantia líquida.

IV - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente

Ministro Francisco Falcão, Relator

Publicado no DJ de 12.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto por Eduardo de Souza Gouvêa, contra decisão que proferi às fls. 167/170, negando seguimento ao recurso ordinário interposto pelo agravante, ao entendimento de que inoçorrera preterição da ordem cronológica de apresentação dos precatórios e de que os créditos são de natureza alimentar.

Sustenta o agravante, em síntese, que é credor do Estado do Rio de Janeiro de precatório vencido e, em face da promulgação da Emenda Constitucional n. 30/2000, requereu o seqüestro do valor do precatório.

Afirma ainda que deve ser permitido o seqüestro de valor que satisfaça ao crédito de natureza alimentícia, sob pena de se privilegiarem os créditos de natureza comum.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que não assiste razão ao agravante.

O ordenamento constitucional prevê apenas duas hipóteses de seqüestro de verbas públicas.

A primeira está prevista no art. 100, § 2º, da CF/1988, e se aplica quando há preterição da ordem cronológica de apresentação dos precatórios, inoçorrente na

espécie. Portanto, afasta-se, desde logo, a possibilidade de seqüestro fundamentado neste dispositivo.

Nesse sentido trago à colação os seguintes julgados:

“Processual Civil — Execução contra a Fazenda Pública — Determinação de seqüestro da conta do Fundo de Participação do Estado — Ausência de citação, nos termos previstos nos artigos 730 e 731 do CPC — Pagamentos devidos pela Fazenda Pública, decorrentes de sentença judicial — Ordem cronológica de apresentação dos precatórios — Seqüestro somente autorizado quando há preterimento do direito de precedência.

I - Na execução contra a Fazenda Pública, a devedora deve ser citada, para opor embargos, na forma prevista nos artigos 730 e 731 do CPC. Se o Estado, figurando como devedor, não for citado, é nula a execução.

II - Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, decorrentes de sentença judiciária, deverão ser feitos na ordem cronológica de apresentação dos precatórios. O seqüestro de quantia necessária para satisfazer o débito somente será determinado pelo Presidente do Tribunal se houver preterimento do direito de precedência.

III - Não tendo sido desrespeitada a ordem cronológica voluntariamente pelo Estado, e se já foram incluídos no orçamento os valores correspondentes ao débito objeto da execução, não se justifica a medida extrema e rigorosa do seqüestro, só admissível em casos excepcionais.

IV - Recurso provido.” (REsp n. 275.893/PI, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 11.06.2001, p. 118)

“Administrativo. Pensionistas do IPERJ. Quebra na ordem de precatórios. Pretensão de seqüestro de numerário. Direito líquido e certo. Inexistência.

— As regras de pagamento de precatórios estão previstas em sede constitucional, inexistindo neste campo qualquer preceito que assegure o seqüestro de numerário destinado à garantia de crédito em razão de pagamento efetuado por entidade diversa da devedora ainda no curso da ação de conhecimento.

— Inexiste qualquer lesão jurídica na ordem de precatórios devidos pelo IPERJ na hipótese em que o Estado do Rio de Janeiro, nos autos de ação de despejo, celebra acordo firmando a purgação da mora.

— Recurso ordinário desprovido.” (ROMS n. 10.350/RJ, Relator Ministro Vicente Leal, DJ de 30.10.2000, p. 197)

“Reclamação. Pedido contra ato futuro: inadmissibilidade. Precatório. Vencimento do prazo para pagamento: seqüestro. Impossibilidade.

1. Reclamação. Incabível contra possível atuação da autoridade reclamada, supostamente contrária à decisão desta Corte. Exigência de prática de ato concreto. Não-conhecimento do pedido nesta parte.

2. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Hipótese que não se equipara à preterição da ordem de precedência, sendo ilegítima a determinação de seqüestro em tal situação.

3. O Tribunal decidiu, de forma expressa, no julgamento de mérito da ADIn n. 1.662/SP que a previsão de que trata o § 4º do artigo 78 do ADCT-CF/1988, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 30/2000, refere-se exclusivamente aos casos de parcelamento de que cuida o **caput** desse dispositivo. Inaplicável, portanto, aos débitos trabalhistas de natureza alimentícia.

4. Ratificação da exegese de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a ocorrência de preterição da ordem de precedência, que se afigura ausente no caso concreto. Reclamação parcialmente conhecida e, nesta parte, julgada procedente.” (STF — Rcl n. 1.859/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 02.08.2002, p. 60)

“Agravo regimental — Ainda que se considere prequestionada a questão do seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito com base na parte final do artigo 100, § 1º, da Constituição, o que é certo é que, para a hipótese de não-pagamento até o final do exercício seguinte ao da inclusão no orçamento, a providência a tomar é outra que não a do seqüestro que o § 2º desse mesmo artigo 100 declara que a sua autorização é cabível ‘a requerimento do credor e *exclusivamente* para o caso de preterimento de seu direito de precedência’. Nesse sentido, correto o acórdão recorrido extraordinariamente, ao salientar que essa preterição não estava demonstrada na espécie, fato que não pode ser reexaminado em recurso extraordinário. Agravo a que se nega provimento.” (STF — AI n. 270.604 AgR/SP, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 08.09.2000, p. 11)

A segunda permissão está prevista no art. 78, § 4º, do ADCT, que, conforme ressaltado pelo *Parquet* Federal à fl. 165, “institui a possibilidade de liquidação de precatórios em prestações, prevendo o seqüestro dos recursos financeiros da entidade executada para a satisfação da prestação quando vencido o prazo, em caso de omissão no orçamento ou em caso de preterimento ao direito de precedência.”

O art. 78 do ADCT e seu § 4º dispõem que:

“Art. 78. *Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições*

Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

(omissis)

§ 4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar *o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação.*” (Grifei)

O pedido dos autos refere-se a precatório expedido a título de honorários advocatícios em ação de desapropriação, na qual o Estado do Rio de Janeiro foi condenado, conforme cópia da sentença (fls. 21/26) e dos despachos de fls. 45 e 53. Assim, evidente o seu caráter alimentar.

Desta sorte, manifestamente improcedente a pretensão por força do **caput** do art. 78 do ADCT, que ressalva a aplicação do seqüestro quando se tratar de crédito de natureza alimentar.

Destaco ainda que não assiste direito líquido e certo ao impetrante, vez que o seu pedido é para o seqüestro dos valores necessários à satisfação de seu precatório e dos que o antecedem, sem se referir a uma quantia líquida.

Diante do exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o meu voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO
AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 389.941 — SP (2001/0062036-2)**

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Embargantes: Cláudio de Souza Novais e cônjuge

Advogados: Oswaldo Moreira Antunes e outros

Embargada: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Beatriz Arruda de Oliveira Mariante e outros

EMENTA

Processual Civil — Recurso — Apresentação — Correio eletrônico — Internet — Possibilidade — Lei n. 9.800/1999.

I - O art. 1º da Lei n. 9.800/1999 outorga às partes a faculdade de utilizar sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.

II - É plenamente eficaz, como ato processual, a petição remetida por correio eletrônico (*Internet*), quando os originais, devidamente assinados, são entregues até cinco dias da data do término do prazo recursal. Inteligência da Lei n. 9.800/1999.

III - Ausência de omissão. Preclusão das questões levantadas, que deveriam ter sido discutidas na instância **a quo**.

IV - Embargos conhecidos, mas rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 27 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

Publicado no DJ de 16.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Embargos declaratórios visando acórdão assim resumido:

“I - É inadmissível o recurso especial que discute temas não agitados no aresto recorrido.

II - Em recurso especial não se reexamina questão de fato (Súmula n. 08).

III - Preclusão dos paradigmas arrolados no agravo regimental para demonstrar a divergência.” (Fl. 196)

O embargante alega “omissão ou contradição”. Pede “que seu recurso seja provido, mediante as pronunciações de direito, decretando a nulidade do v. acórdão proferido em sede embargos de declaração (1.065/1.070), mediante retorno dos autos à Corte de Segundo Grau, a fim de que venha apreciar adequadamente o recurso de fls. 1.049/1.061, dando-lhe efeito modificativo, para posterior processamento do recurso especial em seus ulteriores termos, com as formalidades de estilo, inclusive agitados os princípios consagrados na Lei Magna, art. 5º, incisos XXXV/LIV/LV e art. 93, inciso IX, para os devidos fins.” (Fls. 301/302)

O embargado afirma, em preliminar, que “o recurso foi apresentado por via de correio eletrônico (*Internet*), e dele não consta qualquer assinatura, o que o torna inexistente” e no mérito, que não há falar-se em omissão, porque não houve o prequestionamento do tema, que se dá com a interposição dos embargos declaratórios na origem, atraindo para a espécie a incidência da Súmula n. 211. (Fls. 336/337).

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Os embargos declaratórios foram opostos via correio eletrônico (*Internet*) em 10.04.2003, os originais protocolados em 15.04.2003 e o prazo esgotou-se no dia 14 do mesmo mês (segunda-feira).

A Lei n. 9.800/1999 (art. 2º) admitiu a utilização de *fac-símile* ou outro meio similar, como forma de comunicação processual de emergência, para evitar perda do prazo recursal. A Lei exigiu, somente, que o original fosse protocolado no prazo de cinco dias.

O art. 1º da Lei n. 9.800/1999, afirma: “É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo *fac-símile* ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.”

Ora, similar é algo que tem a mesma natureza ou executa função semelhante a uma entidade determinada.

O correio eletrônico que transmite textos escritos de um remetente a um destinatário é similar ao *fac-símile*.

Se o juízo ou tribunal destinatário dispõe de equipamentos para recepção (Lei n. 9.800, art. 5º), o conhecimento de recurso remetido por *e-mail* é imperativo.

A título de exemplo, lembro o egrégio TRF da 1ª Região e o colendo TRT de Santa Catarina, que já possuem o sistema de peticionamento eletrônico pela *internet*.

O STJ, “Tribunal da Cidadania”, dispõe de recursos eletrônicos, capazes de receberem com segurança petições remetidas pela *Internet*.

De outro modo, não há falar-se em recurso inexistente, por falta de assinatura do advogado do embargante. No caso, basta a assinatura no original, remetido oportunamente.

Conheço do recurso.

No mérito, não verifico erro material passível de ser sanado, conforme estatui o art. 535, do Código de Processo Civil.

As questões levantadas nestes embargos declaratórios deveriam ter sido discutidas na instância **a quo**.

Conheço dos embargos, mas os rejeito.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 15.467 — GO (2002/0129784-5)**

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Procurador-Geral do Ministério Público do Estado de Goiás

Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Impetrado: Governador do Estado de Goiás

Recorrido: Estado de Goiás

Procuradores: Weiler Jorge Cintra e outros

EMENTA

*Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Exoneração e subsequente nomeação de Procurador-Geral do Tribunal de Contas de Estado. Preterição ao interessado de ingressar na lide na qualidade de litisconsorte necessário. Nulidade do **mandamus**. Precedentes.*

1. É vasta e remansosa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é indispensável a citação do litisconsorte passivo necessário ao desenvolvimento válido e regular do mandado de segurança quando da decisão possa advir alteração na posição jurídica do beneficiário.

— “É indispensável a presença dos litisconsortes passivos, no caso **sub judice**, porquanto a solução da lide (titularidade de cartório) invade a esfera jurídica dos mesmos e a não-citação acarreta a nulidade do processo. Inteligência do art. 47, do Código de Processo Civil e da Súmula n. 145, do Tribunal Federal de Recursos.” (ROMS n. 12.408/RO, Rel. Min. Jorge Scartezzini)

— “Se a concessão da segurança importa na modificação da posição de quem é juridicamente beneficiado pelo ato impugnado, impõe-se, segundo a jurisprudência do STJ, que o favorecido venha integrar a relação instaurada pelo **mandamus**, a título de litisconsorte necessário, sob pena de nulidade.” (REsp n. 85.079/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter)

— “Evidente a necessidade de que o ocupante da vaga postulada no **mandamus**, bem como os demais participantes do concurso, sejam citados para integrar a lide, posto que a concessão da segurança implicará necessariamente na invasão da esfera jurídica destes. Litisconsórcio necessário.” (ROMS n. 8.640/RS, Rel. Min. Felix Fischer)

— “Pacífico o entendimento do STJ no sentido de que é imperioso, sob pena de nulidade, o chamamento do litisconsórcio passivo necessário para integrar a lide, anula-se o processo a partir das informações, para que tal providência seja tomada em relação a quem foi chamado para responder pela serventia na vaga pretendida pelo Impetrante, cujo direito seria diretamente afetado na hipótese de concessão da segurança.” (ROMS n. 7.902/RS, Rel. Min. Edson Vidigal)

— “Sempre que a decisão do **mandamus** possa afetar a situação jurídica das pessoas beneficiadas pelo ato coator, forma-se o litisconsórcio passivo necessário.” (REsp n. 57.352/RS, Rel. Min. Anselmo Santiago)

— “É indispensável ao desenvolvimento válido e regular do mandado de segurança a citação do beneficiário do ato impugnado, como litisconsorte passivo necessário.” (ROMS n. 8.281/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, Rel. p/ o acórdão Min. Cesar Asfor Rocha)

— “É nulo o processo de ação de segurança, havendo litisconsórcio necessário, não foi citado para acompanhá-lo.” (ROMS n. 6.107/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro)

— “Dá-se litisconsórcio necessário na via do **mandamus** quando este importar em modificação da posição de quem juridicamente benefi-

ciado pela ato impugnado.” (REsp n. 21.800/MA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)

2. Precedentes de todas as Turmas desta Corte Superior.
3. Recurso provido, nos termos do voto.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro José Delgado, Relator

Publicado no DJ de 13.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: O recurso ordinário em mandado de segurança que se examina recebeu, por parte da Exm^a. Sr^a. Subprocuradora-Geral da República, no Parecer apresentado, o seguinte relato (fls. 184/187):

“Constitucional e Administrativo. Exoneração e subsequente nomeação de Procurador-Geral do Tribunal de Contas do Estado. Recurso ordinário em mandado de segurança. Preterição ao interessado de ingressar no feito como litisconsorte necessário. Pela nulidade do processo, ou pelo provimento do recurso.

1. O litisconsorte necessário deve ser cientificado para atuar no processo, sob pena de nulidade.

2. Pelo provimento do recurso ordinário.

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

1. O Procurador-Geral do Ministério Público do Estado de Goiás interpôs o recurso ordinário constitucional de fls. 139/159 contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado (fls. 124/136), por meio do qual foi que denegou o mandado de segurança impetrado pelo Senhor Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do mesmo Estado (fls. 02/30).

1.1. O citado *writ* atacou a edição do Decreto do Senhor Governador do Estado, do dia 27 de novembro de 2000, por meio do qual foram suspensos, enquanto durassem os efeitos de uma decisão judicial prolatada, os efeitos de outro Decreto da mesma autoridade, expedido em 14 de abril do mesmo ano, referente à nomeação de Eduardo de Souza Lemos para o cargo de Procurador-Geral de Contas junto ao TC/GO. No Decreto impugnado foi exonerado o citado Eduardo de Souza Lemos e nomeado, **pro tempore**, Gerson Bulhões Pedreira para o mesmo cargo.

Disse o impetrante que o ato impugnado feriu os artigos 128 §§ 3^o, 4^o e 5^o — I — **b**, c.c. 130, da Constituição Federal; 28, § 8^o e 37 — X, da Constituição Estadual; 74, parágrafo único e 78, da Lei Estadual n. 12.785/1995; 6^o, §§ 3^o ao 6^o, e 10, da Lei Complementar Estadual n. 25/1998. Isto porque:

I - a Constituição Estadual não permite ao Governador prover o Cargo de Procurador-Geral de Contas mediante nomeação de pessoa estranha aos quadros da Carreira do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado;

II - a atribuição do Chefe do Governo está adstrita à nomeação de pessoa indicada que componha a lista tríplice, na forma da lei;

III - não é possível a destituição do cargo de Procurador-Geral de Contas por ato exclusivo do Chefe do Executivo, porque a Lei Orgânica do Ministério Público Estadual se aplica aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por força do disposto nos artigos 130, da Constituição Federal, 28, § 8^o, da Constituição Estadual e 78, da Lei Estadual n. 12.785/1995;

IV - a Lei Estadual n. 12.785/1995 estabelece mandato de dois anos para o citado cargo, permitida uma recondução, e prevendo a sua destituição pela maioria absoluta da Assembléia Estadual, mediante representação formulada pelo Colégio de Procuradores de Contas, observadas as disposições da Lei Complementar Estadual n. 25/1998.

Citou doutrina, jurisprudência anexando os documentos de fls. 32/52. Pedeu liminar que foi negada nos termos da r. decisão de fls. 55/58.

1.2.1. O Procurador-Geral do Estado de Goiás adotou as informações do impetrado (fl. 63) que trazem estes questionamentos sobre:

a) a legitimidade ativa do impetrante, pois “(...) o Senhor Eduardo de Souza Lemos, na condição de pessoa física é quem deveria impetrar mandado de segurança para defender seu direito subjetivo de continuar ocupando o cargo de Procurador-Geral de Contas junto ao Tribunal de Contas do Estado de

Goiás, segundo ele ofendido pelo ato do impetrado ao editar o Decreto do dia 27 de novembro de 2000; (...)”;

b) o mandado de segurança deveria ser extinto, sem exame do mérito, pois o Doutor Eduardo de Sousa Lemos não poderia praticar qualquer ato na condição de Procurador-Geral junto ao Tribunal de Contas, ainda que esteja suspensa a eficácia do inciso II do Decreto de 14 de abril de 2000;

c) o ato do impetrado não violou a lei os dispositivos constitucionais e legais indicados, porque agiu no exercício da competência que lhe outorga a Constituição Estadual, e o Dr. Eduardo de Sousa Lemos continua nomeado, apenas os efeitos de sua nomeação ficam suspensos enquanto perdurar a eficácia da decisão invocada no preâmbulo do Decreto de 07 de novembro de 2000;

d) o impetrado apenas cumpriu a ordem judicial emanada pelo MM. Juiz da Segunda Vara Pública da Comarca de Goiânia, que determinou às partes atingidas pela nulidade do Concurso Público para Procurador de Contas junto ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás o afastamento de suas atividades e a proibição de recebimento de salário atinente ao cargo (fls. 64/72).

Com as informações vieram os documentos de fls. 73/86.

1.3. Às fls. 91/103 o Dr. Eduardo de Sousa Lemos requereu o seu ingresso no feito na qualidade de litisconsorte ativo, nos termos dos artigos 46 e seguintes do CPC. Esclareceu que ingressou com o *writ* na condição de representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás para defender a instituição contra ato tendente a usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências, e a inação de sua parte importaria em subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Mas na condição de pessoa física tem interesse direto na solução da lide, pois suportará os efeitos da decisão judicial. Sustentou que as liminares concedidas nos Processos ns. 200000127595 e 200001581745 não produzem efeito quanto ao mandato de dois anos do Procurador-Geral junto ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás, pois a respectiva destituição somente pode se dar na forma da lei. O Senhor Governador do Estado não pode suspender a eficácia da nomeação, que equivale a exonerar o Procurador-Geral. Não pode nomear para este cargo pessoa estranha à carreira, nem praticar ato dessa nomeação fora dos requisitos constitucionais, sendo inválida a nomeação **ad hoc** ou **pro tempore**.

Pediu sua admissão na lide, e que fosse ordenado do Tribunal de Contas do Estado de Goiás efetuar o depósito de seus vencimentos em conta de cader-

neta de poupança vinculada ao mesmo Tribunal e os benefícios da gratuidade de justiça, pois está sem receber salários desde novembro de 2000.

1.4. O egrégio Tribunal de Justiça **a quo** julgou o impetrante carecedor do direito de ação e negou o pedido de admissão no feito, por entender que se tratava de litisconsórcio facultativo.

O Ministério Público Estadual opinou no mesmo sentido do julgamento recorrido”.

O Ministério Público Federal, ao final do parecer apresentado, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Tenho que há de ser desprovido o recurso, como sugerido pelo Ministério Público Federal no corpo do parecer já referido, cujas excelentes razões adoto como razão de decidir, pelo que as registro (fl. 187):

“O recurso tem condições para ser conhecido. Presentes os pressupostos de legitimidade, interesse, adequação, tempestividade. Publicadas as conclusões do acórdão recorrido no dia 15.10.2001 (fl. 137), as razões de recurso foram entregues em juízo no dia 06.11.2001 (fl. 138, v.). O recorrente é isento de preparo.

2.1. A pretendida intervenção do Dr. Eduardo de Sousa Lemos nestes autos seria na condição de litisconsorte necessário, pois pode suportar os ônus ou os bônus o resultado do julgamento do mandado de segurança.

Este liame entre a pessoa interessada e o conteúdo da relação jurídica material da demanda são os elementos de aferição da existência de litisconsórcio necessário. Essa colenda Corte vem julgando no sentido de ser obrigatória a citação dos terceiros, como litisconsortes necessários, cujo interesse será afetado pelo julgamento, como se vê do precedente abaixo colacionado:

Ementa — Pocessual Civil — Mandado de segurança. Concurso público. Litisconsórcio passivo necessário. Citação. Nulidade.

No mandado de segurança é obrigatória a citação de terceiros, cujo interesse foi afetado pela concessão da ordem, para integrar o pólo passivo da ação na condição de litisconsortes necessários, sendo causa de nulidade a sua preterição.

Recurso não conhecido.

(REsp n. 43.511/MS, STJ — Sexta Turma — Rel. Min. Anselmo Santiago, julgamento em 21.05.1998)

3. Pelo exposto, o Ministério Público Federal *opina* pelo provimento deste recurso ordinário”.

Assim sendo, corroboro, na íntegra, as assertivas desenvolvidas no douto Parecer Ministerial, sendo, pois, desnecessários quaisquer acréscimos ao acima delineado.

Esta Corte Superior já teve a oportunidade de se pronunciar sobre a matéria aqui discutida, conforme os julgados abaixo reproduzidos:

“Processo Civil — Recurso ordinário em mandado de segurança — Serviços notariais — Titularidade — Falta de citação litisconsorcial — Necessidade — Art. 47, CPC — Nulidade — Preliminar ministerial acatada.

1. É indispensável a presença dos litisconsortes passivos, no caso **sub judice**, porquanto a solução da lide (titularidade de cartório) invade a esfera jurídica dos mesmos e a não-citação acarreta a nulidade do processo. Inteligência do art. 47, do Código de Processo Civil e da Súmula n. 145, do Tribunal Federal de Recursos.

2. Precedentes (RMS ns. 2.339/BA e 981/RS e REsp n. 80.037/SP)

3. Preliminar suscitada pelo *Parquet* federal acolhida para, anulando o v. acórdão **a quo**, determinar ao Tribunal de origem que seja procedida a citação litisconsorcial necessária, refazendo-se os atos processuais a partir das informações.”

(ROMS n. 12.408/RO, Quinta Turma, DJ de 18.02.2002, Rel. Min. Jorge Scartezini)

“Processual Civil — Mandado de segurança — Matéria de prova — Litisconsórcio necessário — Ação de despejo.

I - Se a concessão da segurança importa na modificação da posição de quem é juridicamente beneficiado pelo ato impugnado, impõe-se, segundo a jurisprudência do STJ, que o favorecido venha integrar a relação instaurada pelo **mandamus**, a título de litisconsorte necessário, sob pena de nulidade.

II - Recurso parcialmente conhecido e provido.”

(REsp n. 85.079/SP, Terceira Turma, DJ de 21.06.1999, Rel. Min. Walde-mar Zveiter)

“Processual Civil. Mandado de segurança. Litisconsorte necessário.

— Evidente a necessidade de que o ocupante da vaga postulada no **mandamus**, bem como os demais participantes do concurso, sejam citados para integrar a lide, posto que a concessão da segurança implicará necessariamente na invasão da esfera jurídica destes. Litisconsórcio necessário.

— Processo anulado a partir das informações prestadas no mandado de segurança.”

(ROMS n. 8.640/RS, Quinta Turma, DJ de 19.04.1999, Rel. Min. Felix Fischer)

“Processo Civil. Litisconsórcio passivo necessário. Art. 47 do CPC. Serventias. Vacâncias.

1. Pacífico o entendimento do STJ no sentido de que é imperioso, sob pena de nulidade, o chamamento do litisconsórcio passivo necessário para integrar a lide, anula-se o processo a partir das informações, para que tal providência seja tomada em relação a quem foi chamado para responder pela serventia na vaga pretendida pelo Impetrante, cujo direito seria diretamente afetado na hipótese de concessão da segurança.”

(ROMS n. 7.902/RS, Quinta Turma, DJ de 13.10.1998, Rel. Min. Edson Vidigal)

“Administrativo e Processual — Remoção de servidor — Mandado de segurança — Litisconsórcio necessário — Recurso especial.

1. Sempre que a decisão do **mandamus** possa afetar a situação jurídica das pessoas beneficiadas pelo ato coator, forma-se o litisconsórcio passivo necessário.

2. Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 57.352/RS, Sexta Turma, DJ de 18.05.1998, Rel. Min. Anselmo Santiago)

“Administrativo. Concurso público. Litisconsórcio necessário.

— Evidente a necessidade de que os classificados no certame sejam citados para integrar a lide, posto que a concessão da segurança implicará necessariamente na invasão da esfera jurídica destes. Litisconsórcio necessário.

— Processo anulado a partir das informações prestadas no mandado de segurança.”

(ROMS n. 2.339/BA, Quinta Turma, DJ de 11.05.1998, Rel. Min. Felix Fischer)

“Mandado de segurança contra ato judicial. Hipoteca judiciária sobre bem residencial impenhorável. Cabimento do **mandamus**. Lei n. 8.009/1990. Art. 266 do CPC. Necessidade de citar os litisconsortes.

— Pelas circunstâncias da espécie, é cabível o mandado de segurança contra o ato judicial que determinou a constituição da hipoteca legal sobre o

imóvel residencial do impetrante, pois esse instituto está subsumido na área de abrangência do art. 1^a da Lei n. 8.009/1990.

— É indispensável ao desenvolvimento válido e regular do mandado de segurança a citação do beneficiário do ato impugnado, como litisconsorte passivo necessário.

— Recurso parcialmente provido.”

(ROMS n. 8.281/RJ, Quarta Turma, DJ de 27.04.1998, Rel. Min. Barros Monteiro, Rel. p/ o acórdão Min. Cesar Asfor Rocha)

“Processo Civil. Mandado de segurança contra ato judicial. Litisconsórcio necessário. Ausência de citação. Arts. 19 da Lei n. 1.533/1951 e 47, CPC. Embargos acolhidos.

I - Dá-se litisconsórcio necessário na via do **mandamus** quando este importar em modificação da posição de quem juridicamente beneficiado pelo ato impugnado.

II - É de mister a citação do beneficiário do ato impugnado, litisconsorte necessário, para a formação da relação processual no mandado de segurança. Não requerida esta providência pelo impetrante e nem determinada de ofício pelo Tribunal de origem, vindo os autos a esta Corte para o exame do recurso ordinário, anula-se o acórdão impugnado para que outro seja proferido, após oportunizar-se a manifestação do litisconsorte.

III - Em se tratando de mandado de segurança contra ato judicial, atentando-se para a instrumentalidade do processo, razoável que a citação do litisconsorte possa efetivar-se na pessoa do procurador constituído. Achando-se já nos autos o litisconsorte, cumpre tão-somente intimar seu procurador da reabertura do prazo para manifestar-se sobre a impetração.”

(EDcl nos EDcl no ROMS n. 6.487/PB, Quarta Turma, DJ de 19.12.1997, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)

“RMS — Processual Civil — Mandado de segurança — Litisconsórcio — Citação — Nulidade.

— É nulo o processo de ação de segurança, havendo litisconsórcio necessário, não foi citado para acompanhá-lo.”

(ROMS n. 6.107/SP, Sexta Turma, DJ de 09.09.1996, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro)

“Recurso ordinário em mandado de segurança.

— A falta de citação de litisconsorte necessário implica na anulação do acórdão recorrido, a fim de que o litisconsorte venha a ser regularmente citado para integrar a relação processual.”

(ROMS n. 1.594/SP, Segunda Turma, DJ de 27.03.1995, Rel. Min. José de Jesus Filho)

“Processo Civil. Mandado de segurança contra ato judicial. Litisconsórcio necessário. Ausência de citação. Violação dos arts. 19 da Lei n. 1.533/1951 e 47, CPC. Recurso provido.

I - Viola a lei federal o aresto proferido em mandado de segurança no qual não se convocou a relação jurídica processual o litisconsorte necessário.

II - Dá-se litisconsórcio necessário na via do **mandamus** quando este importar em modificação da posição de quem juridicamente beneficiado pela ato impugnado.

III - Nos termos da lei (Lei n. 1.533, art. 19, c.c. CPC, art. 47, parágrafo), incumbe ao impetrante promover a citação dos litisconsortes necessários, providenciando-a mediante atos conducentes a sua realização.

IV - Em se tratando de mandado de segurança contra ato judicial, atendendo-se para a instrumentalidade do processo, razoável que a citação do litisconsorte possa efetivar-se na pessoa do procurador constituído.”

(REsp n. 21.800/MA, Quarta Turma, DJ de 26.09.1994, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)

“Processo Civil. Mandado de segurança contra ato judicial. Litisconsórcio necessário. Falta de citação do beneficiário do ato impugnado.

— A convocação do beneficiário do ato impugnado, para integrar a relação processual do **mandamus**, como litisconsorte passivo necessário, é indispensável ao desenvolvimento válido e regular do processo.”

(ROMS n. 3.266/SP, Quarta Turma, DJ de 20.06.1994, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)

Posto isto, *dou* provimento ao recurso, para anular o v. acórdão **a quo** e determinar que o Tribunal recorrido proceda à inclusão de Eduardo de Sousa Lemos, na qualidade de litisconsorte necessário, no pólo passivo do presente **mandamus** e, a partir daí, prossiga-se com a análise da ação mandamental nos seus demais aspectos.

É como voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 16.017 — SP (2003/0034724-8)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Antônio Alberto Mantovani

Advogados: Luiz Manoel Gomes Junior e outros

Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Impetrado: Desembargador Corregedor-Geral da Justiça do

Estado de São Paulo

Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Tânia Graça Campi Maluf e outros

EMENTA

Processo Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Restrição de uso de *scanner* portátil aos advogados e estagiários regularmente inscritos na OAB. Possibilidade. Inexistência de violação a direito líquido e certo de prestador de serviços a escritórios de advocacia.

I - O impetrante é comerciante, prestador de serviços a advogados, não é nem advogado, nem parte do processo, a quem é assegurada a vista dos autos (art. 155, parágrafo único do CPC). Inexistência de direito subjetivo do impetrante a ter acesso aos autos em Cartório para proceder à cópia das imagens de peças dos autos de processos que apenas são de seu interesse comercial, enquanto prestador de serviços a terceiros.

II - Legalidade do Provimento n. 18/2002, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, que restringiu o uso de *scanner* portátil em Cartório aos advogados e estagiários regularmente inscritos na OAB, sem restringir o direito dos demais interessados em obterem cópias dos autos através de fotocópia comum.

III - Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

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

Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 15.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Antônio Alberto Mantovani, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Mandado de segurança. Insurgimento contra o Provimento n. 18/2001-CGJ, que acresceu à Seção IV, do Capítulo IX, do Tomo I, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça, o item 45-A. Preliminar de inadequação da via procedimental eleita rejeitada. Ato administrativo de efeitos concretos. Legitimidade passiva da autoridade impetrada. Ato lastreado em norma administrativa de organização judiciária. Ausência de ilegalidade, arbitrariedade ou abuso de poder. Ordem denegada.” (Fl. 70)

Sustenta o recorrente, em síntese, que, como prestador de serviços específicos ao atendimento de advogados, viu-se prejudicado pela restrição de uso de *scanner* portátil somente a advogados e a estagiários regularmente inscritos na OAB, a seu ver inconstitucional, diante dos princípios da legalidade, publicidade, razoabilidade e proporcionalidade, e notadamente diante dos comandos dos artigos 5º, II, XXXIII, LX, 22, I, e 93, IX, da CF/1988, e art. 155 do CPC.

O douto representante do Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

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

Tenho que não assiste razão ao recorrente.

Ressalto inicialmente que o recorrente é comerciante prestador de serviços a advogados, desta forma, ele não é nem advogado, nem parte do processo, a quem é assegurada a vista dos autos. Por esta razão, não vislumbro, **prima facie** a existência de direito subjetivo do impetrante em ter acesso aos autos em Cartório

para proceder à cópia das imagens de peças dos autos de processos que apenas são de seu interesse comercial, enquanto prestador de serviços a terceiros. Diante disto, o que se vislumbra, no máximo, é o mero interesse do impetrante em poder escanear os documentos, mas não há direito subjetivo de acesso a estes documentos.

A publicidade refere-se às decisões judiciais, aos atos judiciais, e não aos autos judiciais, cujo conteúdo é de interesse restrito às partes e aos seus procuradores (parágrafo único do art. 155 do CPC).

Assim, não vislumbro a presença do direito do impetrante, ora recorrente. Destaco também que o impetrante não foi proibido de tirar cópias dos autos, apenas foi-lhe proibido o uso de *scanner* em Cartório. Desta forma, ele pode prestar o seu serviço da forma ordinária, mediante a reprodução por fotocópia do que for de interesse do seu cliente.

Mesmo que se alegue que a fotocópia tem um custo maior do que o escaneamento de imagens, esta razão não é suficiente, por si só, a gerar violação de direito líquido e certo do impetrante, que, como já assinalado, possui apenas interesse econômico, e não direito a ter vista dos autos ou de extrair-lhe cópias.

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

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 437.279 — MG (2002/0059310-2)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorridos: Município de Juiz de Fora e outros

Advogados: Tatiana Guarconi de Magalhães e outros

Recorrida: Santa Casa de Misericórdia de Juiz de Fora

Advogados: José Augusto Lopes Neto e outro

Recorrido: Hospital Albert Sabin Ltda

Advogado: Wandenkolk Moreira

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública. Ministério Público. Ampliação de leitos infantis. Hospitais públicos e conveniados. Defesa de interesses de crianças e de adolescentes.

Competência. Vara da Infância e da Juventude. Arts. 148, IV, 208, VII, e 209 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Regra especial.

I - É competente a Vara da Infância e da Juventude, do local onde ocorreu a omissão, para processar e julgar ação civil pública impetrada contra hospitais públicos e conveniados, determinando a ampliação no número de leitos nas unidades de terapia intensiva infantis, em face do que dispõe os arts. 148, IV, 208, VII, e 209 do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevalecendo estes dispositivos em relação à regra geral que prevê como competentes as Varas de Fazenda Pública, quando presente como parte Município.

II - Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

Publicado no DJ de 05.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado que rejeitou os embargos de declaração opostos.

Primeiramente, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais ao julgar recurso de apelação, em preliminar, cassou a sentença para determinar a incompetência da Vara da Infância e da Juventude, possuindo a ementa o seguinte teor, **verbis**:

“Ação civil pública — Município — Competência.

O Município não tem foro privilegiado mas, varas privativas, devendo os conflitos que o envolvam ser julgados pela Vara da Fazenda Pública e Autarquias.” (Fl. 488)

Desse acórdão, o ora recorrente opôs embargos de declaração, tendo sido rejeitados. (Fls. 504/506)

Com isso, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs recurso especial, o qual foi provido, para determinar que o TJMG suprisse omissão quanto à manifestação acerca da competência da Vara da Infância e da Juventude, no julgamento de ação civil pública fundada em interesses individuais, difusos ou coletivos, afetos à criança e ao adolescente.

Nessa esteira, o Tribunal **a quo** rejeitou os embargos de declaração, entendendo não haver omissão a ser sanada. (Fls. 583/585)

Nesse momento, interpondo novo apelo extremo, sustenta o recorrente violação aos arts. 148, IV, 208, VII e 209, da Lei n. 8.069/1990, aduzindo, em síntese, que é competente a Vara da Infância e da Juventude para julgar o presente pleito, em que se busca a tutela de direitos presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Instado, o douto representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do presente recurso especial. (Fls. 624/628)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Cuida-se o presente caso de ação civil pública no intuito de resguardar os interesses de crianças e adolescentes, com o aumento do número de leitos nas UTIs infantis da rede hospitalar pública e conveniada municipal, conveniada ao SUS.

Nesse teor, o presente feito encontra-se albergado no Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, no seu artigo 208, VII, dispõe, **verbis**:

“Art. 208. Regem-se pelas disposições desta lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

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

VII - de acesso às ações e serviços de saúde;”

Abarcada a referida questão pelo ECA, por conseguinte, afigura-se competente a Justiça da Infância e da Juventude, conforme se pode depreender dos referidos artigos, **litteris**:

“Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

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

IV - conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209;”

“Art. 209. As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores.”

Verifica-se que é absoluta a competência da Vara da Infância e da Juventude, do local onde ocorreu a omissão, em razão da matéria, devendo prevalecê-la, por ser especial em relação à regra geral da competência das Varas de Fazenda Pública, quando o Município intervir como parte no processo.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte, **verbis**:

“Processual Civil. Competência. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público. Recusa de matrícula. Aluno menor. Vara da infância e da juventude.

A Vara da Infância e da Juventude é competente para processar e julgar ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, através da Promotoria da Infância e da Juventude da Comarca de Belo Horizonte, contra colégio, objetivando sustar ato que considerou abusivo e discriminatório consistente na recusa de matrícula de aluno menor mencionado.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 113.405/MG, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 18.09.2000, p. 131; RDJTJDFT vol. 64, p. 89)

“Processo Civil — Competência para julgamento de ação civil pública — Estatuto da Criança e do Adolescente — Lei n. 8.069/1990 — Recurso especial conhecido e provido.

1. Ação civil pública que busca o exame de diplomas locais, sob o aspecto legal, mas que se assenta em interesses regulados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. Aplicabilidade do art. 148, IV da Lei n. 8.069/1990.

3. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 47.104/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 05.06.2000, p. 135; RMP vol. 13, p. 463; RSTJ vol. 35, p. 224)

Ante o exposto, *dou provimento* ao presente recurso especial, para que seja anulado o acórdão de fls. 488/491, determinado-se o julgamento do mérito da ação em comento.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 450.431 — PR (2002/0090797-5)

Relator: Ministro Luiz Fux
Recorrente: Marlene de Aguiar Mercadante
Advogados: Júlio Becker Paiva e outros
Recorrido: Município de Londrina
Advogados: Gilbert Garcia de Souza e outros
Recorridos: Nedson Luiz Micheleti e outros
Advogados: Maria Aparecida Piveta Carrato e outro
Recorridos: Lazaro Daniel e outros
Advogados: Mauro Martimiano da Silva e outros
Recorridos: Alberto Rapcham e outro
Advogados: Romeu Saccani e outros
Recorridos: João Batista Carneiro e outro
Advogados: João Francisco Gonçalves e outro
Recorridos: José Luiz de Oliveira Camargo e outro
Advogado: Ronaldo Gomes Neves
Recorrido: Luiz Sipoli
Advogados: Ivan Ariovaldo Pegoraro e outros
Recorridos: Fabio Marchetti Chueire e outro
Advogado: Gilbert Garcia de Souza
Recorrido: Elmar Lopes
Advogado: Paulo César de Holanda Guerra
Recorrido: Sergio Augusto Junqueira Sandenberg
Advogados: Rosângela Khater e outros
Recorrido: Luiz Eduardo Cheida
Advogado: Marcos José de Miranda Fatur
Recorrido: Moacir Boer
Advogado: Luiz Carlos Bellinetti
Recorridos: Antonio Casemiro Belinati e outros

EMENTA

Processual Civil. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Ação popular anulatória de acordo homologado judicialmente em sede de ação civil pública com a anuência do *Parquet*. Coisa julgada material. Inocorrência. Crivo jurisdicional adstrito às formalidades da transação.

Cabimento da ação anulatória do art. 486 do CPC. Inocorrência das hipóteses taxativas do art. 485 do CPC.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. A ação anulatória, prevista no art. 486 do CPC, tem por finalidade desconstituir o ato processual, homologado judicialmente, enquanto que o alvo da ação rescisória, do art. 485 do CPC, é a sentença transitada em julgado, que faz coisa julgada material. O efeito pretendido pela primeira é a anulação do ato enquanto que na rescisória é a prolação de nova sentença no *judicium rescisorium*.

3. A ação rescisória somente é cabível quando houver sentença de mérito propriamente dita, que é aquela em que o magistrado põe fim ao processo analisando os argumentos suscitados pelas partes litigantes e concluindo-a com um ato de inteligência e soberania.

4. A sentença que homologa a transação fundamentando-se no conteúdo da avença, é desconstituível por meio de ação rescisória fulcrada no art. 485, VIII, do CPC.

5. Não obstante, em sendo a sentença meramente homologatória do acordo, adstrita aos aspectos formais da transação, incabível a ação rescisória do art. 485, VIII, do CPC, posto ausente requisito primordial da rescindibilidade do julgado. Nestes casos, a desconstituição da transação, pelos defeitos dos atos jurídicos em geral, se faz por meio de ação anulatória, fulcrada no art. 486 do CPC.

6. Acordo extrajudicial homologado por sentença, em sede de ação civil pública, com a concordância expressa do órgão ministerial, e lesivo aos interesses da Administração Pública, é passível de anulação, **in abstracto**, na forma do art. 486 do CPC, sob os fundamentos que autorizam a ação popular.

7. **In casu**, a ação popular assume cunho declaratório porquanto o ato lesivo o foi subjetivamente complexo, passando pelo crivo do *Parquet* e do juízo. Propriedade da ação, **in genere**, porquanto a possibilidade jurídica do pedido não implica em acolhimento do pleito meritório.

8. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Luiz Fux, Relator

Publicado no DJ de 20.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Marlene de Aguiar Mercadante insurge-se, via recurso especial, ao abrigo das alíneas **a** e **c**, do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão, proferido em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado (fl. 1.782):

“Ação popular — Pretendida anulação de acordos extrajudicialmente firmados e homologados em juízo — Impossibilidade jurídica do pedido ante a ocorrência da coisa julgada material — Processo julgado extinto nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC — Sentença mantida — Apelação e remessa necessária desprovidas.”

Trata-se originariamente de ação popular ajuizada pela ora recorrente com o objetivo de obter a anulação de acordos extrajudiciais, homologados por sentença, nos autos de ação civil pública, que foram celebrados pela Cohab de Londrina com os mutuários adquirentes de imóveis deficientemente construídos. Alegou, em síntese, que em referidas avenças houve remissão total do financiamento e foram devolvidos à Cohab apenas materiais inaproveitáveis — ardósia — presenteando-se, assim, os mutuários com fins eleitorais, em flagrante prejuízo ao Erário público. Assim, requereu a anulação dos acordos e a conseqüente condenação dos réus ao pagamento de indenização pelos prejuízos causados à Cohab e ao Município de Londrina.

Após apresentadas as contestações o *Parquet* Estadual opinou pelo indeferimento da inicial ante a impossibilidade jurídica do pedido tendo em vista que a anulação dos acordos implicaria violação da coisa julgada uma vez que seria necessária a rescisão da homologação judicial transitada em julgado.

O r. juízo monocrático, acolhendo o parecer ministerial, julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, sob o fundamento de que somente a ação rescisória, ajuizada com base no art. 485, VIII, do CPC poderia infirmar os acordos judicialmente homologados, nos seguintes termos:

“(…)

Através da presente ação popular, tenciona a requerente a anulação de acordos formulados entre a companhia municipal de habitação e mutuários de unidades habitacionais construídas em ardósia, ao argumento de que prejudiciais ao Erário público, condenando-se os beneficiários e responsáveis a ressarcir tais prejuízos.

A despeito da controvérsia existente acerca da matéria, é de se acolher em parte o pronunciamento ministerial de fls. 1.523/1.526.

Sucede que efetivamente a desconstituição dos acordos somente seria possível através de ação rescisória, porquanto incidindo na espécie a exceção prevista no artigo 485, VIII, do CPC.

Nessa linha, é preciso o escólio de **Barbosa Moreira**: ‘Pensamos, destarte, que é necessário distinguir, no tocante aos atos homologáveis por sentença, entre os abrangidos pelo art. 485, n. VIII, e os restantes. Com relação àqueles (renúncia à pretensão, reconhecimento do pedido, transação), o regime será análogo ao da confissão, tal como o define o art. 352; isto é: a ação anulatória unicamente poderá ser utilizada no curso do processo, antes do trânsito em julgado da sentença homologatória; depois disso, o remédio próprio e exclusivo será a ação rescisória do art. 485, n. VIII’ (**in** “Comentários ao Código de Processo Civil”, volume V, Forense, 6ª edição, p. 144).

Não se ignora, a respeito, a considerável tendência jurisprudencial no sentido de ser a ação anulatória a via apropriada para se atacar a sentença homologatória de transação. Porém, certo é ter havido no caso em apreço verdadeira apreciação do mérito da controvérsia, resolvendo-se de forma substancial o objeto do litígio da ação civil coletiva movida pelo agente ministerial, aí residindo mais uma razão para se concluir que tais acordos somente poderiam ser invalidados mediante ação rescisória. Nessa linha, confira-se o julgado inserto em RF n. 306/213.

Ademais, a lei não contém palavras inúteis. Logo, se o artigo 485 contempla expressamente uma exceção à regra geral estabelecida no artigo 486, não há por que deixar de prevalecer, atendendo-se, dessa forma, princípio consagrado de hermenêutica, o sentido de que a norma excepcional e/ou específica derroga a de caráter genérico.

Não havendo possibilidade de anulação dos acordos, a ação merece solução de continuidade.

Isto porque a condenação às perdas e danos, prevista no artigo 11 da lei de regência, é subsidiária do pedido principal, daí a sua dependência, restando prejudicada, em consequência, a sua análise (**accessorium sequitur principale**).

Não se está, com esta conclusão, afirmando a inexistência de prejuízos ao Erário, até porque isto parece evidente. Apenas se está constatando a inviabilidade processual de apuração desses danos e dos respectivos responsáveis no bojo da presente ação, cuja finalidade primordial é invalidar o ato causador do prejuízo. Contudo, como isto não mais é possível, o ressarcimento deverá ser postulado em ação própria e cuja causa de pedir resida exclusivamente nesses prejuízos, abstraindo-se qualquer discussão sobre a legalidade dos acordos, uma vez que isto não é mais possível.

De qualquer modo, ainda que o pedido condenatório não fosse acessório e dependente do pedido anulatório, também restaria prejudicado, na exata medida que o teor dos indigitados acordos lhe serve de amparo.

Destarte, outra ação deve ser proposta e na qual a causa de pedir resida em outros fatos que não o acordo, como, **v.g.**, a escolha do material que deu ensejo a toda a situação.

(...)"

Irresignada, apelou a parte autora, tendo o Tribunal de origem, à unanimidade, negado provimento ao recurso, nos termos da ementa supratranscrita.

Opostos embargos de declaração, restaram os mesmos rejeitados ante a ausência de omissão ou contradição no acórdão recorrido bem como em razão da incidência da Súmula n. 317, do STF ("São improcedentes os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior, em que se verificou a omissão") tendo em vista que restou evidente o propósito do embargante em obter explicitações referentes à sentença de primeiro grau, motivo pelo qual, com fulcro no art. 538, parágrafo único do CPC, o Tribunal **a quo** aplicou multa de 1% sobre o valor da causa ante o caráter manifestamente protelatório dos embargos de declaração.

Na presente irresignação especial, alega a parte autora, ora recorrente, em síntese, que o acórdão merece ser anulado, uma vez que restaram violados os seguintes dispositivos do Código de Processo Civil:

a) arts. 458, III, 515 e 535, I e II:

“Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

(...)

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.”

“Art. 515. A apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1ª Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.”

“Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.”

b) arts. 485, VIII e 486:

“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;”

“Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.”

Aduz, em síntese, que:

a) não foi examinada pelo Tribunal **a quo** questão fundamental argüida pela recorrente, tanto nas razões de apelação, quanto nos embargos de declaração, qual seja, a de que, nos termos do art. 486 do CPC constitui-se pedido juridicamente possível a anulação de acordo homologado judicialmente, sem a necessidade de ajuizamento de ação rescisória, motivo pelo qual restou violado o art. 458, II, do CPC, que contempla o princípio da motivação das decisões judiciais

b) a sentença que homologa acordo não contém carga decisória de mérito, uma vez que inexistente conflito de interesses a tutelar pelo exercício do poder jurisdicional, motivo pelo qual dela não se pode extrair os efeitos da coisa julgada material. **In casu**, afirma que a decisão que homologou as transações questionadas não julgou o mérito das pretensões deduzidas na ação civil pública, cuja cópia consta dos presentes autos, transcrevendo, para tanto, o seguinte trecho de referido **decisum**:

“Pelo exposto, e pelo mais que dos autos consta, considerando o acordo entre os mutuários e a Cohab-LD, hei por bem, por falta de conflito de interesses, que o Ministério Público quis tutelar e a Companhia Municipal de Londrina: 1) homologar os acordos de fls. 630/1.249; 2) e declarar extinto o presente processo em relação aos que transigiram, devendo ter continuidade em relação aos demais (...) Airvaldo Natal Stela Alves — Juiz de Direito’ (fls. 820 e 822, com destaques da recorrente)” (fl. 819 — do recurso especial).

c) a prestação jurisdicional não foi entregue de forma completa pelo Tribunal **a quo**, pois restaram ausentes as justificativas quanto o acolhimento, ou não, dos conceitos de “sentenças de mérito propriamente ditas” e “sentenças meramente homologatórias”, exame necessário para a compreensão exata quanto aos efeitos de coisa julgada material ou formal da decisão que homologou os acordos. Afirma a recorrente que, somente a partir de referida análise é que se poderia justificar a posição sustentada pelo acórdão recorrido de que a ação rescisória (art. 485, VIII, CPC) era a única via aberta à recorrente ao invés da ação anulatória proposta com fulcro no art. 486 do CPC.

Ainda, apontou a recorrente divergência jurisprudencial com julgados de outros Tribunais pátrios, do STJ e do STF e requereu o afastamento da condenação em multa de 1% sobre o valor da causa uma vez que não restou caracterizado o caráter protelatório dos embargos de declaração opostos contra o acórdão de apelação.

Sérgio Augusto Junqueira Sardenberg em suas contra-razões pugna pela manutenção do acórdão recorrido tendo em vista que somente por meio de ação rescisória, fulcrada no art. 485, VIII, do CPC, é que poderiam ser desfeitos os acordos homologados por decisão judicial, pelo que incabível a ação anulatória do art. 486 do CPC. Ainda, se acaso esta Corte entendesse pelo provimento do recurso especial, requereu, com fulcro no art. 515 do CPC, fosse declarada sua ilegitimidade passiva **ad causam**, oportunamente suscitada nos presentes autos.

Por sua vez, o Município de Londrina, contra-arrazoou o recurso, no sentido da inexistência de quaisquer nulidades do acórdão recorrido, uma vez que inexistentes as omissões e contradições suscitadas pela recorrente. Afirma o recorrido que a decisão homologatória fez muito mais do que apenas formalizar a vontade das partes na medida em que decidiu substancialmente a lide, motivo pelo qual a invalidação de referidas avenças somente poderia ocorrer por meio de ação rescisória. Ainda, no que pertine ao alegado dissídio jurisprudencial, afirma o Município que a recorrente não logrou demonstrar a semelhança entre os acórdãos confrontados, motivo pelo qual não merece ser conhecido o recurso pela alínea **c**, do permissivo constitucional. Assim, pugna pela manutenção do **decisum** atacado, sob os seguintes fundamentos:

“(…)

Aqui houve acordos chancelados pelo Ministério Público na qualidade de defensor do patrimônio e interesse coletivos, exatamente nos autos de ação civil pública por ele movida no intuito de impor ao Poder Público a obrigatoriedade de reparar os danos sofridos pelos mutuários, reconstruindo suas casas com material apropriado e dotados de condições de segurança e salubridade.

O próprio autor da ação (Ministério Público) proferiu parecer nesses autos de ação civil pública (cópia anexada pelo Município por ocasião da apresentação de sua defesa) o qual elogiou a conduta da administração e reconheceu que o ajuste atendeu a todos os princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa, dentre os quais mereceu destaque o da legalidade.

Destarte, só mesmo a recorrente prefere fazer vistas grossas à evidência de que essa transação pôs fim a uma lide intentada justamente em prol do interesse coletivo, satisfazendo-se plenamente o mérito da pretensão descrita nessa ação civil pública.

Logo, se não há possibilidade de anulação desses acordos por terem produzido coisa julgada material, impossível dar solução de continuidade à presente ação popular, devendo ser mantida a prestação jurisdicional contida nos presentes autos, exatamente como foram prolatadas, como na certa será confirmado por esse Superior Tribunal.

Evidente que o inconformismo da autora, é na verdade, decorrente do fato de que já se escoou o prazo legal de 2 (dois) anos para promover-se a ação rescisória, única via adequada para discutir essa transação, como salientado em 1ª e 2ª graus.

Contudo, não é lícito jogar nas mãos desse Tribunal a responsabilidade de sanar seu equívoco, configurado no errôneo ajuizamento dessa ação ao invés da indicada.

(…)”

Por fim, a Companhia de Habitação de Londrina — Cohab-LD, apresentou suas contra-razões pugnando, preliminarmente, pelo não-conhecimento do recurso pela alínea c uma vez que a recorrente não demonstrou a divergência jurisprudencial nos moldes exigidos pelo art. 541, parágrafo único, do CPC, pois os julgados colacionados como paradigmas estão divorciados da matéria decidida pelo acórdão recorrido e, no mérito, por seu desprovimento.

Transcorreu **in albis** o prazo para os demais recorridos apresentarem suas contra-razões, consoante certidão de fl. 1.881.

Realizado o juízo de admissibilidade positivo do apelo extremo, na instância de origem, ascenderam os autos ao egrégio STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Trata-se originariamente de ação popular anulatória de acordo extrajudicial firmado entre a Cohab-Londrina e seus mutuários, homologados por sentença.

O r. juízo monocrático extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de que somente por meio de ação rescisória, fulcrada no art. 485, VIII, do CPC, poder-se-ia anular referida transação, porquanto homologada judicialmente.

O Tribunal de origem, em sede de apelação, manteve o entendimento esposado na sentença e, no julgamento dos embargos de declaração opostos, por considerá-los protelatórios, com fulcro no parágrafo único do art. 538 do CPC, aplicou multa de 1% sobre o valor da causa.

A autora da ação popular, na presente irresignação especial, alega, preliminarmente, a violação aos arts. 458, II, 515, § 1º, 535, I e II, do CPC porquanto não foram analisadas as razões aduzidas em sua apelação e reiterada nos embargos quanto à possibilidade jurídica do pedido formulado no que pertine à conceituação das expressões “sentenças meramente homologatórias” e “sentenças de mérito propriamente ditas”. No mérito, aponta a contrariedade aos arts. 485, VIII e 486, do CPC, sob o fundamento de que a sentença que homologou o acordo não possui conteúdo meritório, não se revestindo da coisa julgada material, motivo pelo qual é a ação anulatória do ato e não a ação rescisória da sentença, o instrumento processual cabível para anular o acordo firmado entre a Cohab-Londrina e seus mutuários.

Preliminarmente, destaque-se que a violação do art. 535 do CPC, não restou configurada, uma vez que o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

Neste sentido, os seguintes precedentes da Corte:

“Ação de depósito. Bens fungíveis. Armazém geral. Guarda e conservação. Admissibilidade da ação. Prisão civil. Cabimento. Orientação da turma. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Recurso especial. Enunciado n. 7 da súmula/STJ. Honorários advocatícios. Processo extinto sem julgamento de mérito. Aplicação do § 4º do art. 20, CPC. Equidade. Recurso do banco provido. Recurso do réu desacolhido.

(...)

III - Não padece de fundamentação o acórdão que examina suficientemente todos os pontos suscitados pela parte interessada em seu recurso. E não viola o art. 535-II o aresto que rejeita os embargos de declaração quando a matéria tida como omissa já foi objeto de exame no acórdão embargado.

(...)” (REsp n. 396.699/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 15.04.2002)

“Processual Civil. Decisão una de Relator. Art. 557 do Código de Processo Civil. Inteligência a sua aplicação. Inexistência de omissão no acórdão recorrido. Matéria de cunho constitucional examinada no tribunal **a quo**.

(...)

3. Fundamentos, nos quais se suporta a decisão impugnada, apresentam-se claros e nítidos. Não dão lugar, portanto, a obscuridades, dúvidas ou contradições. O não-acatamento das argumentações contidas no recurso não implica em cerceamento de defesa, posto que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide.

4. Não está obrigado o Juiz a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes, mas, sim com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

(...)

9. Agravo regimental não provido.” (AgRg no Ag n. 420.383, Rel. Min. José Delgado, DJ de 29.04.2002)

“Processual Civil. Embargos de declaração. Violação ao art. 464, II, do CPC. Inocorrência. Apelação. Decisão por maioria. Recurso especial.

I - Os embargos de declaração possuem finalidade determinada pelo artigo 535 do CPC, e, excepcionalmente, podem conferir efeito modificativo ao julgado. Admite-se também embargos para o fim de prequestionamento (Súmula n. 98-STJ). Exigir que o Tribunal **a quo** se pronuncie sobre todos os argumentos levantados pela parte implicaria rediscussão da matéria julgada,

o que não se coaduna com o fim dos embargos. Assim, não há que se falar em omissão quanto ao **decisum** vergastado, uma vez que, ainda que de forma sucinta, fundamentou e decidiu as questões. O Poder Judiciário, para expressar sua convicção, não precisa se pronunciar sobre todos os argumentos suscitados pelas partes.

(...)

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 385.173, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 29.04.2002)

Deveras, muito embora o Tribunal **a quo** não tenha se pronunciado quanto a ser juridicamente possível o pedido de anulação de acordo homologado judicialmente, com fulcro no art. 486 do CPC, bem como quanto às expressões “sentenças meramente homologatórias” e “sentenças de mérito propriamente ditas” referido fato não obsta o conhecimento do presente apelo extremo, porquanto o órgão de origem, apesar de não concordar com a tese da recorrente, externou o seu posicionamento quanto à matéria em debate.

No que pertine ao **meritum causae**, onde aponta a recorrente a violação aos arts. 485, VIII, e 486, do CPC, atendido que foi o requisito do prequestionamento, bem como, demonstrado o dissídio jurisprudencial, nos termos exigidos pelo art. 255 do RISTJ, impõe-se o conhecimento do recurso especial interposto.

Assim, dispõem referidos dispositivos do Código de Processo Civil:

“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;”

“Art. 486 Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.”

Muito embora seja tênue a diferença entre os dois preceitos supratranscritos, o que, inclusive, justifica a inquietude da doutrina sobre o tema, é certo que a distinção diz respeito ao que se pretende atacar.

Importa ressaltar, **ab initio**, a impropriedade da expressão “atos judiciais” do art. 486 do CPC, porquanto a lei se refere aos atos praticados pelas partes em juízo, ou que praticados extrajudicialmente, restaram judicializados pela homologação, motivo pelo qual, o mais correto seria aduzir-se a atos processuais.

A *ação anulatória* tem por finalidade desconstituir o *ato processual*, homologado judicialmente, enquanto que o alvo da *ação rescisória* é a *sentença transitada em julgado*, que fez coisa julgada material. Em outras palavras o efeito pretendido pela primeira é a anulação do ato enquanto que na rescisória é a prolação de nova sentença no lugar da rescindenda, na etapa que se cognomina *judicium rescisorium*.

Por conseguinte, somente se admite a ação rescisória quando houver sentença de mérito propriamente dita, ou seja, quando o magistrado puser fim à lide analisando os argumentos suscitados pelas partes litigantes.

Em se tratando de sentença que homologa a transação em havendo pronunciamento judicial quanto ao conteúdo da transação de forma a embasar a sentença, aplica-se o art. 485, VIII, do CPC.

Não obstante, em sendo a sentença meramente homologatória do acordo, adstrita ao aspecto formal da transação, não há que se falar julgado e, portanto, incabível a ação rescisória do art. 485, VIII, do CPC, posto faltante o requisito primordial da rescindibilidade do julgado, qual seja, o *juízo do mérito*. Assim, para anular a avença, cabível é a ação anulatória dos atos processuais prevista no art. 486 do CPC.

Sobre o tema, tivemos a oportunidade de assentar, **in** “Curso de Direito Processual Civil”, Forense, 2001:

“Instituto de origem lusa, que serviu de inspiração ao nosso legislador, a ação anulatória dos atos judiciais não se dirige às sentenças de mérito como a rescisória, mas aos atos de disponibilidade das partes que implicam encerramento do processo em face das sentenças que os homologam.

É por essa razão que o artigo 486 do Código de Processo Civil dispõe caber “ação anulatória para rescindir atos judiciais que não dependem de sentença ou quando esta for meramente homologatória”.

Em primeiro lugar, há de se considerar que os atos judiciais que não dependem de sentença são aqueles que, independentemente de manifestação do juiz, produzem imediatamente seus efeitos, nos precisos termos do artigo 158 do CPC de seguinte teor: “Os atos das partes, consistentes em manifestações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais” (**verbis**).

Assim, se esses atos produzem logo os seus efeitos, a decisão que põe fim ao processo calcada apenas neles nada dispõe, apenas consolida o fim do processo. É ato formal atestador do fim da controvérsia. A sentença nele não se funda porque não há julgamento. Nesse caso, a desconstituição desse ato

perfaz-se por ação anulatória. O objetivo da parte dirige-se ao ato em si, nunca à sentença que se limita a reconhecer a aptidão daquela manifestação para fazer cessar a atividade jurisdicional de composição do litígio.

Entretanto, há casos em que, não obstante a manifestação de liberalidade processual, a lei exige a integração da vontade jurisdicional. Essa concessão de eficácia ao ato de disponibilidade para que ele tenha eficácia processual decorre da homologação.

Sob esse ângulo é que o art. 158 do CPC após conferir eficácia própria a determinados atos ressalva: “a desistência da ação só produzirá efeito depois de homologada por sentença” (**verbis**). Insta acrescentar que outros atos processuais de disponibilidade tidos como especiais também não produzem efeitos, senão depois de homologados pelo juiz. Nessas hipóteses, diz-se que as “sentenças são meramente homologatórias”, como, **v.g.**, a que homologa a separação consensual, a partilha amigável etc.

Atentando-se para o sistema, é forçoso concluir que os atos de disponibilidade processual referentes aos direitos em conflito produzem imediatamente os seus efeitos, reclamando sentença homologatória apenas quando a lei o exigir por motivos especiais, como, **v.g.**, ocorre com a separação consensual em face de sua relevância.

Como consectário, o reconhecimento da procedência de um pedido de despejo, ou a renúncia a um crédito, produzem os seus efeitos de imediato e não demandam sentença de homologação senão de encerramento do processo.

Assim sendo, esses atos, se viciados, devem ser atacados como os atos jurídicos em geral, como faz ver o art. 486 do CPC acerca da ação anulatória.

Por outro lado, o dispositivo destina-se, como evidente, às sentenças homologatórias necessárias a conferir eficácia aos atos de disponibilidade especiais, como a que provê sobre a partilha ou sobre o distrato amigável do casamento.

Esta assertiva arrasta duas conclusões: em primeiro lugar, onde há julgamento como ato intelectual e de soberania do Judiciário não cabe ação anulatória; em segundo, somente os atos de disponibilidade das partes que impliquem encerramento do processo com a composição da lide é que se sujeitam à anulação.

No que pertine à primeira conclusão, serve ela para afastar a perplexidade gerada pelo inciso VIII do art. 485 do CPC que prevê ação rescisória para

sentença de mérito que se funda em ato de disponibilidade processual. Ora, sentença é julgamento e, de regra, quando engendrada a manifestação de liberalidade, o juiz simplesmente chancela o ato e dispensa-se de “julgar”.

Entretanto, não se pode olvidar a hipótese em que várias atitudes processuais são praticadas no processo e o juiz, para decidir, considera apenas o ato de disponibilidade. Nessa hipótese, o juiz que poderia basear-se em vários fundamentos, fixa-se na conduta da renúncia ou do reconhecimento, mercê de a parte enfrentar a pretensão adversa com outros argumentos. É para esses casos que a lei prevê a ação rescisória; vale dizer: quando o juiz, podendo valer-se para julgar de todo o contexto da atuação das partes, funda-se apenas no ato de liberalidade expresso ou inferido. Assim agindo, estará fundando a sua sentença no negócio processual em si, exurgindo, então, para a parte, o interesse em desconstituir a sentença por defeito do ato em que se baseou. Mas, repita-se: nesta hipótese, há julgamento, e como a parte não pode voltar-se contra a motivação da decisão (art. 469, I, do CPC) cumpre-lhe impugnar a sentença por vício do ato que a fundamenta, a despeito das demais manifestações dos autos e que poderiam ensejar uma decisão do juiz noutra sentido.

Destarte, se houver, **v.g.**, reconhecimento integral do pedido, julgamento não haverá senão encerramento, devendo a parte, se for o caso, impugnar o ato em si, através de anulação.

Essa anulação pode dar-se antes do trânsito em julgado ou depois do mesmo. A diferença é que, antes de passar em julgado a sentença de encerramento, como o ato já produziu os seus efeitos (art. 158 do CPC) é impossível a revogação inteira, devendo promover-se a ação anulatória prejudicial que suspende o processo principal impedindo o seu encerramento. Passado esse momento e transitando em julgado o ato de encerramento, a ação anulatória será proposta perante o mesmo juízo, posto acessória (art. 108 do CPC) e seu provimento eliminará do mundo jurídico a autocomposição realizada.

Mister, contudo, asseverar que não há paz na doutrina e na jurisprudência acerca do tema, porquanto o artigo 485, VIII, do CPC que prevê a ação rescisória para a sentença de mérito que se fundar nesses atos de disponibilidade, é fonte de inúmeras controvérsias

Ora, praticado o ato de disponibilidade processual, assim considerados a transação, a renúncia, o reconhecimento da procedência do pedido, em princípio, extingue-se o processo, como prevê o artigo 269 do CPC. Outra não poderia ser mesmo a solução legal, porquanto a autocomposição faz cessar a atividade especulativa do juiz.

Não obstante, a lei encarta esses negócios jurídicos processuais no âmbito das duas ações: da rescisória e da anulatória.

Numa primeira análise, poder-se-ia imaginar ter o legislador estabelecido um “concurso de ações”, sinalizando com a anulatória antes do trânsito da sentença e a rescisória após este momento, como, aliás, preconiza autorizada doutrina.

Entretanto, os atos que ensejam as “sentenças homologatórias necessárias” também reclamam rescindibilidade. Isto quer dizer que nos casos de homologação, os atos podem ser atacados pelos vícios dos negócios em geral e a sentença que os chancela, pelos vícios formais do artigo 485 do CPC.

Assim, **v.g.**, se a renúncia foi procedida com erro ou dolo, o meio de impugná-la é a ação anulatória, cuja procedência esvazia a sentença que lhe serviu de tegumento protetor. Entretanto, se a homologação foi levada a efeito por juiz impedido, corrupto ou ofendeu a coisa julgada, o remédio é a rescisória. No primeiro caso, o meio incide sobre o ato da parte em si, ao passo que no segundo, a investida dirige-se contra ato do juiz, admitindo-se a irresignação na medida em que se dispôs sobre o mérito, na forma dos artigos 269 e 485, **caput**, do CPC.

Em resumo, “tratando-se de ato de disponibilidade processual o meio de atacá-lo é a ação anulatória, haja vista que o mesmo, por si só, produz os seus efeitos pretendidos, independentemente de homologação” (art. 158 do CPC).

“Nas hipóteses em que se faz necessária a homologação, assim exigida pela lei, o ato em si pode ser anulado pelos motivos previstos pela lei material e a sentença homologatória, rescindida, pelas causas enumeradas no art. 485 do CPC”.

(...)

É preciso, contudo, atentar-se para que não se promiscua o instituto da ação anulatória, como ocorre em alguns casos da prática judiciária em que se provem ações anulatórias de atos processuais passíveis de desconstituição no próprio bojo do processo em que foram praticados, como, **v.g.**, ação de anulação de citação, ação de anulação de penhora etc. Somente os atos que enceram o processo, decorrentes da vontade das partes, é que são anuláveis, como os atos jurídicos volitivos em geral. Do contrário, a ação anulatória transmutada-se em meio de superação de preclusões, camuflando expedientes capazes de eternizar os processos.

(...)”

Muito embora as sentenças meramente homologatórias de transação provoquem a extinção do processo, com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, III, do CPC, isto significa que produz efeitos similares às sentenças definitivas. A **ratio essendi** de referido preceito é a de que homologada a transação fica vedado às partes, ajuizarem nova ação com o mesmo objeto. Não significa, porém, que o acordo homologado, cuja sentença não foi objeto de julgamento, deve ser anulado por meio de ação rescisória. Inexiste identidade de substância com a sentença de mérito. Há, tão-somente uma equiparação de efeitos com este ato jurisdicional.

Nesse mesmo sentido, assim se posicionou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 100.466/SP, da relatoria do eminente Ministro Djaci Falcão, publicado no DJ de 28.02.1986, cujo seguinte excerto de seu voto condutor, merece transcrição:

“No caso, a sentença foi simplesmente homologatória de transação, apenas formalizando o ato resultante da vontade das partes. Jamais apreciou controvérsia a respeito de viabilidade da homologação requerida pelos interessados. Se tivesse decidido sobre tal assunto, em face de controvérsia suscitada, haveria aí uma prestação jurisdicional suscetível de ação rescisória para a sua desconstituição. Como não houve isso, a ação adequada é a ordinária de anulação. A ação própria para anular ato judicial que independe de sentença definitiva, no caso — transação, — é a ordinária, e não a rescisória. *Aí a ação não é contra a sentença, que se restringe a homologar ato de vontade das partes, e que não há um conteúdo decisório próprio do Juiz. Mas, sim, contra o que foi objeto da manifestação de vontade das partes, a própria transação (fls. 71 a 78). A autora ataca atos jurídicos, alegando o vício da coação.*

(...)

Na espécie, o que se objetiva rescindir, o melhor, anular, não é a sentença homologatória, que não faz coisa julgada material, mas a transação celebrada pelos litigantes, a relação jurídico-material efetuada pelas partes. A sentença, simplesmente homologatória, não apreciou, é bom frisar, o mérito do negócio jurídico de direito material. Somente a sentença que haja, realmente, enfrentado o mérito, a envolver a validade da transação anterior, acolhida como fato extintivo do direito do autor é que se torna passível de ação rescisória. Apenas para efeito processual é que a homologação judicial se torna indisponível.

O Professor **Galeno Lacerda**, hoje eminente Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em trabalho intitulado “Ação Rescisória e Homologação”, afirma com propriedade:

‘... o que constitui objeto da rescisória é a sentença, jurisdicional proferida **inter nolentes**, com base em transação ou desistência inválidas, e não a mera homologação **inter volentes**, que não transita materialmente em julgado.

Quando, pois, não houver reiteração de lide já transigida, mas tão-só homologação voluntária de acordo das partes, não tem sentido emprego da rescisória para desconsituí-lo. A hipótese se enquadra de modo cabal e indiscutível no art. 486 do CPC, isto é, na ação de rescisão, ou anulatória, do ato homologado, a ser movida em primeira instância pelas vias comuns, sem as galas da instância única da rescisória no Tribunal superior, eis que inexistente, na espécie, a coisa julgada material, própria da verdadeira jurisdição.

Mas, dir-se-á, o Código, no art. 269, III, afirma que o processo se extingue com julgamento de mérito quando as partes transigirem. Então, haverá julgamento de mérito na transação? Não, a toda evidência.

Trata-se de impropriedade do Código que deve ser interpretada com inteligência e bom senso. Se as partes transigirem, a homologação conseqüente, como se viu, não julga a lide, porque esta não mais existe, eliminada como foi pelo acordo dos litigantes.

Como interpretar, pois, o dispositivo citado, para evitar-se o absurdo de ‘criar-se’ um julgamento de mérito onde ele não existe, nem pode mais existir?

A solução é fácil e se ajusta ao sistema legal. Note-se que o Código, no art. 584, III, considerou a sentença homologatória da transação título executivo judicial.

Equiparou-a, portanto, quanto aos efeitos, à sentença de mérito transitada em julgado, equiparação que já constava no CC, art. 1.030, quanto atribuiu à transação efeito idêntico ao da coisa julgada.

Nesta mesma linha, pois, deve se interpretado o art. 269, III, do CPC. Quando nele se afirma que na transação se extingue o processo ‘com julgamento de mérito’, o que se visa na verdade significar é que na transação há uma equiparação de efeitos com a sentença de mérito; não que haja identidade de substância com este ato jurisdicional’ (Ajuris, 14, p. 39).

A transação decorre de composição entre as partes, afastando, em conseqüência, uma solução jurisdicional. Em conclusão (**sic**), a ação para se desconstituir transação homologada judicialmente é a comum, de nulidade ou

anulatória (art. 486 do Cód. Proc. Civil) e não a rescisória, adequada às sentenças que guardam a imutabilidade da coisa julgada material.

(...)”

Assim restou ementado referido julgamento:

“Ementa: Ação objetivando a anulação de transação homologada judicialmente. Aplicação do art. 486 do Código de Processo Civil. Não vinga a alegação de afronta aos arts. 269, inci. III e 485, inciso VIII, do invocado diploma. A sentença simplesmente homologatória de transação apenas formaliza o ato resultante da vontade das partes. Na espécie, a ação não é contra a sentença, que se restringe (**sic**) à homologação, em que não há um conteúdo decisório próprio do Juiz. Insurge-se a autora contra o que foi objeto da manifestação de vontade das partes, a própria transação, alegando vício de coação. Quando a sentença não aprecia o mérito do negócio jurídico de direito material, é simplesmente homologatória, não ensejando a ação rescisória. A ação para desconstituir-se a transação homologada é a comum, de nulidade ou anulatória (art. 486 do Código Proc. Civil).

Dissídio jurisprudencial não comprovado, nos termos da Súmula n. 291. Recurso extraordinário não conhecido.”

Humberto Theodoro Júnior, in “Curso de Direito Processual Civil”, v. 1. pp. 613/614, muito embora considere a ação rescisória o instrumento processual cabível para a anulação de transação, adverte com as seguintes passagens doutrinárias:

“A ação prevista no art. 486 funda-se em vício no direito material das partes e nas causas de anulabilidade comuns dos negócios jurídicos. Já na ação rescisória o que se julga é o próprio ‘julgamento anterior’, como ato jurisdicional imperfeito. Assim, nas sentenças ‘meramente homologatórias’, a ação do art. 486 vai atingir diretamente o ato das partes homologado pelo juiz, e não propriamente o decisório judicial. Na separação consensual, que é caso típico de jurisdição voluntária, o que se anula é o acordo de vontades dos cônjuges.

Na realidade, somente em procedimento de jurisdição voluntária é possível divisar a sentença meramente homologatória, porque só aí é que o ato jurisdicional não fará coisa julgada material.

Quando, porém, o acordo de vontades dos litigantes (transação) importa solução de uma lide que já é objeto de um feito contencioso em andamento na justiça, a sentença que o homologa não pode ser havida como ‘meramente

homologatória', visto que importa encerramento do processo com julgamento do mérito (art. 269, n. III), e, conseqüentemente, produz a coisa julgada material (art. 467 e 468).

A autocomposição da lide é jurisdicionada, **in casu**, pela homologação do juiz, que a encampa e chancela como se fora uma solução dada pela própria sentença. Daí exigir a lei, na hipótese, que o ataque à **res judicata** gerada pela sentença que homologa a transação seja feito somente pela via da ação rescisória (art. 485, n. VIII).

Nada obstante, é forçoso reconhecer que a jurisprudência, com o passar do tempo, inclinou-se, majoritariamente para a tese que admite o cabimento da ação comum de anulação de negócio jurídico para a hipótese de transação homologada em juízo, aplicando-se, portanto, à espécie, o art. 486 e não o art. 485, n. VIII, do CPC.

Segundo a mesma tese, não há contradição entre o art. 485, VIII, e o art. 486, pois o primeiro deles apenas autorizaria a ação rescisória quando a transação servir de base a alguma decisão realmente de mérito, adotada pelo juiz. Se, todavia, nenhum julgamento sobre o conteúdo da lide for proferido e a atividade do magistrado resumir-se à homologação do acordo, a eventual rescisão seria do negócio jurídico e não da sentença homologatória. Daí caber a ação comum do art. 486 e não a rescisória do art. 485, VIII."

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça não destoa de referido posicionamento, consoante se extrai dos seguintes julgados ora colacionados:

"Processual Civil. Sentença homologatória de transação com o Estado. Desconstituição após o trânsito em julgado. Possibilidade. Coisa julgada formal.

— A sentença que homologa transação realizada entre o Estado e o particular, com o objetivo de abreviar liquidação de sentença, não faz coisa julgada material, podendo ser desconstituída por ação diversa da que foi extinta.

— A pretensão intentada pelo Estado, através de ação civil pública, objetivando a anulação de transação de caráter eminentemente privado, tem a incidência do art. 177, **caput**, do Código Civil, sobrevivendo prescrição vintenária, ao contrário da pretendida prescrição quinquenal.

— Recurso especial improvido."

(REsp n. 285.651/MT, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 03.02.2003)

"Ação anulatória. Transação. Sentença meramente homologatória. Arts. 485, VIII, e 486 do CPC.

O avençado pelas partes em acordo judicial, homologado pelo juiz sem nenhum conteúdo decisório, é desconstituível como os atos jurídicos em geral, na forma do art. 486 do CPC.

Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 143.059/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 03.11.1997)

“Sentença homologatória. Coisa julgada.

A sentença homologatória pode ser desfeita pela ação prevista no art. 486, não a obstando a alegação de coisa julgada.

Divergência não demonstrada quanto à ilegitimidade passiva do réu, que participara da transação homologatória em juízo.

Recurso não conhecido.”

(REsp n. 112.049/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 28.04.1997)

— Sentença homologatória de transação. Ação para desconstituí-la. CPC, artigos 269, III, 485, VIII e 486.

— A sentença meramente homologatória de acordo entre as partes é rescindível como os atos jurídicos em geral, nos termos do art. 486 do CPC.

— A ação rescisória a que alude o art. 485, inciso VIII, do CPC somente é cabível na hipótese em que a sentença, apreciando exceção oposta pelo réu, decide matéria já transigida, quando tem natureza nitidamente jurisdicional, ou na hipótese em que, antes de homologada a transação, ressurgir conflito entre as partes.

— O art. 269, III, do CPC apenas equipara a sentença homologatória em seus efeitos, a sentença de mérito, não lhe conferindo, porém, a autoridade de coisa julgada material.

— Recurso não conhecido.”

(REsp n. 38.434/SP, Rel. Min. Antonio Torreão Braz, DJ de 18.04.1994)

“Ação anulatória de reconhecimento do pedido, homologado por sentença. Artigo 486 do CPC. Não-incidência do art. 485, VIII, do CPC.

Tratando de sentença simplesmente homologatória da vontade das partes, que extinguem a lide por ato de disposição daqueles direitos no processo controvertidos, cabível é a ação anulatória do art. 486 do Código de Processo Civil, pois parte se insurge contra o próprio ato de disposição alegando vícios que invalidaram ‘os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil’.

A ação rescisória, do art. 485, VIII, do CPC, é admissível contra sentença proferida em jurisdição contenciosa, em que a transação, o reconhecimento

do pedido, a renúncia ou a confissão servem como ‘fundamento’ do **decisum** influenciando no conteúdo do comando judicial.

Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 13.102/SP Rel. Min. Athos Carneiro, DJ de 08.03.1993)

“Pessoa jurídica. Representação. Prova. Sentença homologatória. Transação. Ação anulatória. Ação rescisória.

Não exige a lei processual que a pessoa jurídica para estar em juízo apresente, de logo, seus atos constitutivos, de molde a comprovar sua regular representação.

A ação cabível para atacar sentença homologatória de transação é a ação anulatória e não a rescisória.”

(REsp n. 9.651/SP Rel. Min. Cláudio Santos, DJ de 23.09.1991)

“Desapropriação — Sentença homologatória de acordo — Aplicação do art. 486 do CPC — Súmula n. 400 do STF

Os atos processuais que independem de sentença ou em que esta for meramente homologatória, sem julgamento do mérito, podem ser anulados como os atos jurídicos em geral, nos termos do direito material.

Hipótese em que a ação anulatória é o meio hábil para desconstituir transação homologada em juízo, de acordo com o disposto pelo art. 486 do CPC.

Decisão que deu razoável interpretação à espécie, ainda que não seja a melhor — Súmula n. 400 do STF

Dissídio jurisprudencial não comprovado.

Recurso não conhecido”.

(REsp n. 281/SP Rel. Min. Miguel Ferrante, DJ de 02.10.1989)

Realizadas referidas considerações, impõe-se a análise do caso concreto.

O Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou ação civil pública com a finalidade de obter a reparação dos danos causados pela Cohab-Londrina aos seus mutuários e a reconstrução das casas populares, utilizando-se material apropriado, cujo pedido foi deduzido nos seguintes termos:

“(…)

A condenação da Requerida:

a) em obrigação de fazer, consistente na reconstrução das casas populares dos conjuntos habitacionais supramencionados, substituindo-se as placas de ardósia por alvenaria, com a utilização de materiais e técnicas adequadas,

tornando as referidas habitações salubres e seguras para seres humanos, obrigação essa a ser executada na forma dos artigos 97 e 98 do CDC;

b) em pagamento de indenização decorrente de danos materiais e morais sofridos pelos moradores das referidas casas em decorrência dos problemas de materiais e construção, a serem apurados em liquidação de sentença e executados na forma dos artigos 97 e 98 do CDC.” (Fls. 52/53)

Deveras, formalizados acordos extrajudiciais entre a Cohab-Londrina e os mutuários, o r. juízo monocrático intimou o *Parquet* que se manifestou favorável à homologação das avenças tendo em vista o seu cabimento e sua regularidade formal, nos seguintes termos:

“Trata-se na espécie de ação civil coletiva movida pelo Ministério Público em favor de consumidores mutuários da Cohab-LD, com o escopo de restauração de suas casas populares e composição de perdas e danos decorrentes da impropriedade das referidas casas para habitação humana.

No curso do processo a Requerida celebrou acordos individuais com parcela considerável dos consumidores, em situação que os excluirá dos benefícios oriundos do presente processo.

Cabe, pois, manifestação do Ministério Público sobre tais acordos, o que faremos em anexo.

(...)

Especificamente em relação aos acordos, afigura-se-nos que duas questões deverão ser examinadas: a) o cabimento dos acordos; b) a regularidade formal dos acordos.

(...)

Em tese, pois, parece-nos que os acordos individuais são admissíveis, devendo ser analisada a questão de sua regularidade formal, que permita a homologação.

No atinente à regularidade formal dos acordos, deve ser observado que o exame por parte do Judiciário, em se tratando na espécie de entidade da Administração indireta (Sociedade de Economia Mista) deve ficar restrito aos aspectos da legalidade e legitimidade do ato, não podendo adentrar o seu mérito.

(...)

Assim, na hipótese examinada o ato fica sujeito apenas às normas próprias de seu estatuto, respeitados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

E, não havendo disposição específica em seus estatutos sobre transação, a questão deve ser colocada dentro das atribuições da Assembléia Geral, na forma do artigo 9º de referidos estatutos.

Tal formalidade, conforme se observa de fls. 1.264/1.265, foi cumprida, o que caracteriza a observância ao princípio da legalidade.

De outro lado, entendemos que o ato também atende ao princípio da moralidade administrativa.

A nosso ver, deve ela ser entendida como o agir honesto e probo do administrador público, ciberneticamente dirigido à concretização dos interesses públicos primários da sociedade. (...)

(...)

(...) Assim, na sua conduta em transacionar com os moradores atende a moralidade administrativa, pois deriva de sua intenção declarada de promover o bem estar de inúmeros de seus mutuários, que foram lesados por atos por ela praticados e que reconheceu em procedimento administrativo próprio.

(...)

Também entendemos que o ato atende o princípio da impessoalidade, ou finalidade, ...

(...)

Por fim, também foi atendido o princípio da publicidade, tendo em vista a notória divulgação dos acordos pelos meios de comunicação.

(...)

Nestes termos, digno julgados, é nosso entendimento que as transações são formalmente perfeitas, podendo ser homologadas.”

Ante a concordância expressa das partes litigantes da ação civil pública, e a conseqüente ausência de conflito de interesses, o juiz proferiu sentença homologatória, que transitou em julgado em 17.05.1994 (certidão de fl. 824), cujo dispositivo tem o seguinte teor:

“Pelo exposto, e pelo mais que dos autos consta, considerando o acordo entre os mutuários e a Cohab-LD, hei por bem, por falta de conflitos de interesses, que o Ministério Público quis tutelar e a Companhia Municipal de Londrina:1) homologar os acordos de fls. 630/1.249; 2) e declarar extinto o presente processo em relação aos que transigiram, devendo ter continuidade em relação aos demais”.

A ação popular, de que trata os presentes autos, ajuizada em 23.03.1994, e que ora se analisa o recurso especial, foi ajuizada com fulcro no art. 4º da Lei n. 4.717/1965, com o objetivo de anular os acordos porquanto firmados sem a observância dos princípios da publicidade, da impessoalidade e da finalidade dos atos administrativos, constitucionalmente assegurados, com fins eleitoreiros, em flagrante lesividade ao Erário público.

O pedido foi deduzido nos seguintes termos:

“(…)

II) – após tramitação adequada, que esta ação seja julgada procedente, *para anular a totalidade dos acordos* celebrados pela Companhia de Habitação de Londrina — Cohab-LD com todos os beneficiários relacionados no preâmbulo desta petição, determinando o retorno da situação ao **status quo ante**, na forma do disposto no artigo 158 do Código Civil, e que ainda condene os responsáveis e os beneficiários a indenizar todos os prejuízos causados, por via indireta à Cohab-LD e por via oblíqua ao Município de Londrina, prejuízos esses a apurar em liquidação de sentença, mas que deverão necessariamente, além de outros compreender:

a) os pagamentos feitos à Caixa Econômica Federal por conta dos débitos próprios dos beneficiários, que lhes foram remetidos, sejam eles de prestações, juros, multas, correção monetária, encargos com seguros, e, enfim, todos os dispêndios feitos em consequência do acordo;

b) o valor de mercado das partes das construções que foram doadas aos beneficiários, em especial as que não puderem ser recuperadas;

c) o material de ardósia que, por qualquer causa, deixar de ser devolvido à Cohab-LD, ou que venha a ser restituído sem condições de reaproveitamento, sem excluir os danos que se verificarem com a comercialização das peças que forem devolvidas, que certamente serão lançadas no mercado desvalorizadas em relação ao seu custo real, mesmo porque estarão usadas, abrangendo-se nas perdas e danos as peças de ardósia que a companhia não conseguir comercializar;

d) os juros moratórios, à taxa legal, e a correção monetária, de acordo com os índices oficiais, para atualizar os valores que correspondam às perdas e danos, e,

e) as custas processuais e os honorários de advogado, na base que esse honrado Juízo, com apoio nos critérios da lei, arbitrará;

(…)”

De tudo quanto foi exposto, infere-se o seguinte:

a) a sentença que homologou o acordo firmado extrajudicialmente, verificou, tão-somente, seus aspectos formais, não tendo proferido qualquer juízo quanto ao mérito da ação civil pública;

b) a ação popular, que tem como fundamento nulidade de atos que causem dano ao Erário público, que, **in casu**, assumiu cunho declaratório porquanto o ato lesivo o foi subjetivamente complexo, passando pelo crivo do *Parquet* e do juízo, foi ajuizada com a finalidade de desconstituir os acordos firmados entre a Cohab-Londrina e os mutuários visando desconstituir um acordo e não uma sentença de mérito, ante a alegada, e ainda suposta, violação aos princípios da publicidade, da impessoalidade e da finalidade, constitucionalmente assegurados, como norteadores da prática de atos administrativos.

c) as hipóteses de ajuizamento de ação rescisória são taxativas e exigem sentença de mérito transitada em julgado, motivo pelo qual não pode ser utilizada para desconstituir os atos jurídicos em geral por alegada nulidade.

Por conseguinte, é juridicamente possível o pedido formulado na ação popular anulatória, e não a ação rescisória, para anular as transações firmadas em prejuízo do Erário público, o que não implica o acolhimento do pedido.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial interposto.

É como voto.

EMENTA

Processual Civil. Ação popular. Anulação de sentença homologatória de acordos extrajudiciais (art. 486, CPC). Impossibilidade. Necessidade de ação rescisória (art. 485, VIII, CPC).

1. Ser sentença de mérito e constituir título executivo judicial são evidências marcantes de que as sentenças homologatórias de transação fazem coisa julgada material, insuscetível de ter sua gênese ou origem rediscutida judicialmente (como, **v.g.**, em embargos à execução), a não ser pela forma como isso é admitido para as sentenças civis em geral.

2. Sendo assim, não há por que distinguir essa espécie de sentença das demais sentenças civis de mérito, inclusive no que se refere ao modo de desconstituí-la, que deve ser por ação rescisória, nos termos do art. 485, VIII, do CPC.

3. Voto pelo improvemento do recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trata-se de ação popular em que se busca a anulação de acordos extrajudiciais firmados entre a Cohab de Londrina e mutuários adquirentes de imóveis deficientemente construídos, nos autos de ação civil pública, homologados por sentença transitada em julgado. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em sede de apelação e reexame necessário, manteve a decisão do juízo singular, que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, do CPC. O reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido pelo Tribunal de origem apoiou-se na consideração de que, diante do trânsito em julgado da sentença homologatória, formou-se coisa julgada material, somente passível de desconstituição pela via da ação rescisória. A autora, nas razões de recurso especial, alega, fundamentalmente, que as sentenças homologatórias de transação “não possuem carga decisória de mérito, porque determinam a extinção do litígio quando já não existe mais conflito de interesses a dirimir ou tutelar pelo exercício do poder jurisdicional, razão pela qual deles não se pode extrair os efeitos da coisa julgada material, porquanto não passam de um invólucro do ato jurídico básico (transação extrajudicial)” (fl. 1.819), concluindo pela possibilidade de seu desfazimento por meio da ação anulatória prevista no art. 486 do CPC. Aponta-se, no especial, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 458, II, 485, VIII, 486, 515 e 535, I e II, do CPC. Pleiteia-se (a) decretação da nulidade da decisão recorrida, por deficientemente fundamentada, não contemplando a análise de alguns dos argumentos veiculados na apelação; (b) alternativamente, reforma do acórdão atacado, para determinar o prosseguimento da demanda e a conseqüente decisão de seu mérito; (c) exclusão da multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, por interposição de embargos de intuito protelatório.

O Relator, Ministro Luiz Fux, votou pelo provimento do recurso, para considerar juridicamente possível o pedido formulado na inicial, aduzindo, em suma, que (a) a ação anulatória tem por finalidade desconstituir ato processual homologado judicialmente, ao passo que a ação rescisória tem por alvo a sentença transitada em julgado que fez coisa julgada material; (b) a ação rescisória somente se admite quando houver “sentença de mérito propriamente dita, ou seja, quando o magistrado puser fim à lide analisando os argumentos suscitados pelas partes litigantes”; (c) em sendo a sentença meramente homologatória do acordo, adstrita ao aspecto formal da transação, incabível a ação rescisória, já que faltante o requisito primordial da rescindibilidade, qual seja, o julgamento do mérito.

Pedi vista.

2. A questão jurídica central debatida no recurso especial é da identificação do remédio processual adequado para desconstituir sentença homologatória de

acordo extrajudicial, que a recorrente argúi ser a ação anulatória, e o acórdão recorrido afirmou ser a ação rescisória. A dificuldade resulta da necessidade de compatibilizar os comandos dos arts. 485, VIII, e 486 do CPC, que assim dispõem:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se fundou a sentença;

Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

É, indubitavelmente, de mérito a sentença que homologa transação, diante dos claros termos do art. 269, III, do CPC.

Art. 269. Extingue-se o processo com julgamento de mérito:

(...)

III - quando as partes transigirem;

Sua eficácia executiva, conseqüentemente, é idêntica à das demais sentenças civis de que decorra condenação, tanto que está arrolada pelo art. 584 do CPC entre os títulos executivos judiciais:

Art. 584. São títulos executivos judiciais:

(...)

III - a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo;

Ser sentença de mérito e constituir título executivo judicial são evidências marcantes de que as sentenças homologatórias de transação fazem coisa julgada material, insuscetível de ter sua gênese ou origem rediscutida judicialmente (como, **v.g.**, em embargos à execução), a não ser pela forma como isso é admitido para as sentenças civis em geral. Aliás, é justamente essa uma das características distintivas dos títulos executivos judiciais em relação aos extrajudiciais. Consoante anotamos em sede doutrinária (“Título Executivo e Liquidação”, São Paulo, RT, 2001, p. 66), “a eficácia executiva é idêntica para todos os títulos. Independentemente da espécie a que pertencem, todos eles têm aptidão para autorizar o credor a promover a ação de execução e sujeitar o devedor às conseqüências daí decorrentes. O que distingue uma e outra das espécies, na verdade, é a ‘carga de cognição com que se começa’. Os chamados ‘títulos executivos judiciais’ são formados com a participação de ór-

ção do Poder Judiciário, de modo que, em relação a eles, a atividade cognitiva de identificação da norma concreta já foi objeto de cognição. Quanto aos títulos extrajudiciais, em que a identificação da norma individualizadora ocorreu sem qualquer certificação jurisdicional típica, o processo de cognição, se for o caso, será instalado posteriormente. Disso resulta também que, em se tratando de título extrajudicial, os embargos do devedor podem trazer a juízo tanto matéria posterior à formação do título quanto matéria anterior a ela; contrariamente, em se tratando de título judicial, os embargos só poderão versar sobre matéria superveniente (com a única e justificável exceção prevista no art. 741, I, do Código, referente à falta ou à nulidade da citação do réu no processo de conhecimento em que foi revel), dado que os atos de formação do título já foram objeto de prévia certificação jurisdicional”. Embora o faça por sentença que se diz “homologatória”, ao extinguir o processo em virtude de transação, o juiz exerce a sua função jurisdicional com a plenitude própria da autoridade que está pondo fim ao litígio definitivamente. Não se trata de mera chancela irresponsável. Ao homologar a transação celebrada na pendência do processo, o juiz exerce função tipicamente cognitiva, verifica o atendimento dos requisitos de validade estabelecidos pelo direito material e atesta a higidez do negócio, afirmando, como diz **Pontes de Miranda**, “explícita ou implicitamente, que *existiu* a transação, que é *válida e eficaz*” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 241).

Sendo assim, não há por que distinguir essa espécie de sentença das demais sentenças civis de mérito, inclusive no que se refere ao modo de desconstituí-la. Talvez se pudesse, no máximo, admitir sua desconstituição pela forma do art. 486 antes do trânsito em julgado, mas jamais depois de sua ocorrência. É o que aventou **Barbosa Moreira**. Após repelir a distinção — de que se poderia cogitar com a leitura dos dispositivos antes transcritos — entre sentenças meramente homologatórias e sentenças homologatórias que não o sejam meramente, sustenta o eminente processualista ser homologatória toda sentença que “se limita a imprimir a ato não oriundo do órgão judicial força igual à que ele teria se de tal órgão emanasse (...) sem nada acrescentar à substância do primeiro” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 159). Afirma em seguida serem sempre atacáveis pela ação anulatória do art. 486 do CPC os atos que não dependem de sentença, mas não necessariamente os que por sentença apenas se homologam, diante da regra do art. 485, VIII, que permitiu o manejo da própria ação rescisória para invalidar determinados atos em que tenha se baseado a sentença, entre os quais a confissão, a desistência ou a transação. “A admitir-se que, havendo em qualquer deles vício causador de invalidade, pudesse o ato homologado, em si, constituir objeto da ação anulatória do art. 486, *mesmo após o trânsito em julgado*

da decisão que o homologou, ter-se-ia de concluir por uma injustificada superabundância de meios de impugnação: realmente, de um lado, caberia a ação rescisória contra a sentença de homologação, com suporte no art. 485, VIII; de outro, a ação anulatória do próprio ato homologado, nos termos do dispositivo ora sob exame” (**op. cit.**, p. 160). Tal construção revela-se insatisfatória sob dois aspectos: primeiro, porque conduzem a um mesmo resultado prático o pedido de anulação baseado no art. 486 e o pedido de rescisão baseado no art. 485, VIII; segundo, porque são diversos os prazos decadenciais num caso e noutro, subsistindo para o interessado a possibilidade de manejo da ação de que trata o art. 486, mesmo após o decurso dos dois anos para a propositura da ação rescisória, “o que não se harmonizaria com a sistemática do ordenamento, preocupado em assegurar de maneira definitiva, após o biênio do art. 495, a estabilidade da **res judicata**” (**op. cit.**, p. 160). Daí a conclusão: “destarte, é necessário distinguir, no tocante aos atos homologáveis por sentença, entre os abrangidos pelo art. 485, VIII, e os restantes. Com relação àquelles (renúncia à pretensão, reconhecimento do pedido, transação), o regime será análogo ao da confissão, tal como o define o art. 352; isto é: a ação anulatória unicamente poderá ser utilizada no *curso do processo*, antes do trânsito em julgado da sentença homologatória; depois disso, o remédio próprio e exclusivo será a ação rescisória do art. 485, VIII” (**op. cit.**, pp. 160/161).

3. Pelas razões expostas, com a devida vênia do Relator, voto pelo improvimento do recurso especial. É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Presidente): Srs. Ministros, peço vênia ao Sr. Ministro Teori Albino Zavascki para acompanhar o voto do Sr. Ministro-Relator.

Dou provimento ao recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, estou consciente do tema e, como dou uma grande amplitude à ação popular, especialmente no controle em que deverá ser exercida, até mesmo contra decisões judiciais nesse campo — penso que não pode haver esse quase privilégio de apenas poder atacar atos administrativos —, peço vênia ao Sr. Ministro Teori Albino Zavascki para ficar com a nova visão da doutrina.

Dou provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 487.202 — RJ (2002/0138531-8)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Marilda Amorim Vianna e outros

Recorrido: Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações, Comunicação Postal e Telegráfica, Similares e Operadores de Mesas Telefônicas do Estado do Rio de Janeiro — Sinttel — RJ

Advogados: Carlos Eduardo Afonso de Lima e outros

EMENTA

Constitucional. Processual Civil. Ação civil coletiva. Diferenças de correção monetária de contas do FGTS. Legitimação ativa das entidades sindicais. Natureza e limites. Prova do fato constitutivo do direito afirmado e documento essencial à propositura da demanda. Distinções.

1. As entidades sindicais têm legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, desde que se tratem de direitos homogêneos e que guardem relação de pertencibilidade com os fins institucionais do sindicato demandante.

2. A legitimação ativa, nesses casos, se opera em regime de substituição processual, visando obter sentença condenatória de caráter genérico, nos moldes da prevista no art. 95 da Lei n. 8.078/1990, sem qualquer juízo a respeito da situação particular dos substituídos, dispensando, nesses limites, a autorização individual dos substituídos.

3. A individualização da situação particular, bem assim a correspondente liquidação e execução dos valores devidos a cada um dos substituídos, se não compostas espontaneamente, serão objeto de ação própria (ação de cumprimento da sentença condenatória genérica), a ser promovida pelos interessados, ou pelo sindicato, aqui em regime de representação.

4. Não se pode confundir “documento essencial à propositura da ação” com “ônus da prova do fato constitutivo do direito”. Ao autor cumprir provar os fatos que dão sustento ao direito afirmado na petição inicial, mas isso não significa dizer que deve fazê-lo mediante apresentação de prova pré-constituída e já por ocasião do ajuizamento da demanda. Nada impede que o faça na instrução processual e pelos meios de prova regulares.

5. Em se tratando de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, que visa uma sentença condenatória genérica, a prova do fato constitutivo do direito subjetivo individual deverá ser produzida por ocasião da ação de cumprimento, oportunidade em que se fará o exame das situações particulares dos substituídos, visando identificar e mensurar cada um dos direitos subjetivos genericamente reconhecidos na sentença de procedência.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

Publicado no DJ de 24.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial em demanda proposta por entidade sindical visando ao pagamento de diferença de correção monetária das contas de seus associados vinculadas ao FGTS. A sentença indeferiu a petição inicial, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 295, incisos II e VI, c.c. o artigo 267, inciso I, do CPC, fundamentada em que a legitimação ativa, no caso, deveria ser por representação e não por substituição processual. A apelação interposta pelo sindicato autor foi provida para anular a sentença, determinando o prosseguimento do feito, ao entendimento de que o sindicato atua como substituto processual, tendo legitimidade ativa **ad causam**, e que os extratos das contas vinculadas ao FGTS não são documentos indispensáveis à propositura da ação. Em suas razões recursais, a CEF sustenta a ilegitimidade do sindicato para figurar no pólo ativo da relação processual em questão, por não se tratar de defesa de interesses coletivos, mas sim de interesses individuais homogêneos. Alega, também, ausência dos documentos indispensáveis à propositura da ação, indicando contrariedade ao disposto nos artigos 282, III e VI c.c. 283, 333, I e 396

do CPC. Aponta, ainda, violação ao artigo 5º, XXI, da Constituição Federal, ante a falta de autorização expressa de cada um dos associados, indispensável para que a entidade sindical possa representá-los em juízo. Por fim, afirma que houve infração ao artigo 8º, III, da Constituição Federal, que não autoriza a substituição processual em casos como o presente.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Três são os pontos suscitados pela recorrente, que podem ser assim sumariados, por ordem de prejudicialidade: (a) legitimidade do Sindicato para, na condição de substituto processual, tutelar em juízo direitos individuais dos seus filiados; (b) ausência de autorização expressa dos substituídos ao substituto processual; (c) falta de documento essencial à propositura da ação, qual seja, o extrato da conta vinculada do FGTS em nome dos titulares.

2. Os dois primeiros pontos situam-se em domínio jurídico comum à Constituição e a leis ordinárias. Não é estranho, destarte, que o tema esteja sendo enfrentado tanto por este Tribunal como pelo STF. Em recente voto-vista, proferido no RE 231.111-3, em julgamento perante o Plenário do Supremo, o Ministro Nelson Jobim enfrentou exaustivamente o temário relativo à legitimação das entidades sindicais, e, no que diz com a matéria aqui em foco, sustentou o seguinte:

“(…)

3. O art. 8º, III.

A questão, de um lado, está em se precisar os conceitos contidos no inciso III do art. 8º.

E, de outro lado, relacionar tais conceitos com a figura da *legitimação para a causa*.

A Constituição (art. 8º, III) outorga ao sindicato a titularidade para a defesa:

- (a) ‘dos direitos e interesses *coletivos* da categoria’; e
- (b) ‘dos direitos e interesses *individuais* da categoria’.

Quanto aos primeiros — *direitos e interesses coletivos da categoria* — não vejo dificuldades.

Trata-se, aí, de legitimação ordinária.

Os sindicatos e somente eles têm legitimação para os *dissídios coletivos*.

É esse instrumento processual o veículo para a defesa dos ‘direitos coletivos’.

Quanto aos segundos — ‘direitos e interesses individuais da categoria’ —, leio o Professor **Calmon de Passos**:

‘(...)

... Aos *sindicatos* cabe ... também a defesa de direitos e interesses individuais de integrantes da categoria.

(...)

... por que a palavra ‘individuais’ no inciso III do art. 8º? Pela necessidade de se deixar claro que o deferimento da legitimação para defesa dos interesses coletivos não excluía, o que o silêncio do preceito poderia autorizar, ..., a possibilidade da legitimação extraordinária do sindicato na defesa dos direitos e interesses dos integrantes da categoria, quando postos em termos individuais. Se o art. 5º, inciso XXI, falava, genericamente, em entidades associativas, o *silêncio do inciso III do art. 8º, quanto a interesses individuais, eliminaria do sindicato a possibilidade da substituição processual independente de autorização expressa do substituído*.¹

Aqui não se trata de defesa de direitos coletivos.

Trata-se, isto sim, da *defesa coletiva* de ‘direitos individuais’.

Pertence acolheu a leitura de **Calmon** no MS n. 20.936, referido antes, quando examina o art. 8º, III, da CF:

‘(...)

VI

(...)

... donde servir a referência adicional a interesses individuais da categoria para abranger também, na esfera da legitimação extraordinária do *sindicato*, a defesa de interesses e direitos *de integrantes da categoria*, enquanto tais, ...

(...’ (RTJ 142/456)

¹ **Calmon de Passos**, José Joaquim. Parecer inédito na reclamatória trabalhista ajuizada pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção e do Mobiliário de Ouro Branco contra Construtora Norberto Odebrecht S/A (janeiro e fevereiro de 1989).

3.1. *Substituição processual e direitos comuns ou homogêneos.*

Não tenho dúvidas em admitir a *substituição processual* nos casos de direitos individuais de trabalhadores, que sejam comuns aos integrantes da categoria ou de parte dela.

Pela *substituição processual* viabiliza-se a defesa coletiva dessa modalidade específica de direito individual.

Explico-me.

Calmon de Passos, no Parecer referido, observa que '*Direito Social*' é

'(...)

... direito que diz com o indivíduo, como ser singular, dotado das qualidades que o fazem pessoa, mas *direito que lhe não é exclusivo, porque em igual extensão e natureza deferido a todos quantos integram o grupo social.* ...

... *Direito individual, com dimensão social, não direito coletivo, imputado a entidades ou associações, sem correspondente titularidade individual.*

(...)'

Recordo, como reforço, passagem de **Calmon de Passos**, reproduzida por **Pertence**, no MS n. 20.936:

'(...)

'Vale dizer, ..., a legitimação diz respeito não à defesa dos 'direitos' dos seus membros ou associados, *tout court*, sim dos 'direitos' de seus membros ou associados cujo substrato material seja um 'interesse de membro' ou 'interesse de associado'.

(...)'

Pertence reconheceu a exatidão dessa '*colocação*' de **Calmon**.

Pertence referiu-se '*a titularidade da pretensão coletiva*' para afirmar que não é necessário que seja ela da totalidade da categoria.

E diz, mais, **Pertence**:

'(...)

... será necessário e suficiente ... que o *direito pleiteado em favor de filiados seus não seja alheio à sua condição de integrantes da respectiva categoria social ou econômica, ou da respectiva classe* — independentemente do número ou da proporção daqueles que, por se enquadrarem na situação-tipo deduzida em juízo, sejam os eventuais beneficiários da demanda.

(...)' (RTJ 142/456)

É insustentável, por exemplo, que um *sindicato* de empregados do comércio possa demandar, como *substituto processual* de integrantes da categoria, contra o aumento da alíquota do IPTU.

Não se trata, nesse caso, de *interesse de membro*, como tal.

Ser contribuinte do IPTU não se conecta com a categoria profissional.

Este é o ponto.

O fundamento jurídico da defesa coletiva de *direitos individuais, com dimensão social*, consiste no fato de decorrerem eles de uma mesma causa comum.

Poder-se-ia, tomando de empréstimo o Código de Defesa do Consumidor, chamá-los de *direitos individuais homogêneos*, porque *decorrentes de origem comum* (Lei n. 8.078/1990, art. 81, III).

Porque de origem comum e, assim, homogêneos, esses direitos, embora individuais, vinculam-se à categoria ou de parte dela, o que autoriza a sua defesa coletiva e, portanto, a incidência da regra constitucional (CF, art. 8º, III).

Considero irrelevante, nessa hipótese, o fato de todos os empregados serem, ou não, associados ao *sindicato*.

A Constituição conectou a legitimação extraordinária do *sindicato* para a ação coletiva à categoria profissional por ele representada.

Nada, na Constituição, nesse ponto, quanto a filiados.

O fato de o trabalhador ser, ou não, filiado ao *sindicato* não tem efeito algum na legitimação deste, porque os direitos demandados são de tipo especial, defensáveis em ação coletiva:

— Direitos ‘individuais comuns’ ou ‘homogêneos’ de integrantes da categoria profissional.

A Constituição deu conseqüência à opção política pela *unicidade sindical*.

Cada categoria dispõe de um só *sindicato* em cada base territorial.

Há monopólio da representação sindical, imposto pelo sistema legal.

Por isso, somente o *sindicato*, por ser o único, pode defender coletivamente ‘direitos e interesses individuais da categoria’, na sua base territorial.

Daí a irrelevância de serem, ou não, os substituídos filiados ao *sindicato*.

Vincular o *sindicato*, nessa ação coletiva, somente aos filiados, sendo livre aos integrantes da categoria o associar-se ao *sindicato*, inviabilizaria, por completo, a defesa coletiva dos interesses e direitos individuais homogêneos, próprios da categoria.

A defesa ficaria restrita aos associados e não à categoria.

A situação poderia ser outra se a opção constitucional tivesse sido pela *pluralidade sindical* onde, em uma mesma base, mais de um *sindicato*, da mesma categoria, teria a representação restrita aos seus filiados.

Mas, esse não é o caso.

Nessa modalidade de ação coletiva, o *sindicato* comparece a juízo como *substituto processual Tipo 2*, independentemente de qualquer autorização.

O *sindicato*, pela via dessa *ação coletiva*, defende afirmados direitos individuais homogêneos, de que seriam titulares todos ou alguns integrantes da categoria, da qual é exclusivo representante na correspondente base territorial.²

Se não se tratar de direitos comuns ou homogêneos, não há que se falar na incidência do art. 8º, III.

Não há *substituição* quando os direitos foram estritamente individuais e decorrem de específica e particular relação jurídica.

(1) Ação coletiva e pedido condenatório.

A defesa coletiva de *direitos individuais comuns ou homogêneos* importará, conforme o caso, na formulação de pedido declaratório — positivo ou negativo — e/ou pedido constitutivo — positivo ou negativo.

² Questão que não examino, mas que terá que, em algum momento, ser enfrentada:

¿Os substituídos, nessas ações de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, serão somente os integrantes da categoria profissional que trabalhem na base territorial do *sindicato-substituto*?

¿A eficácia **ultra partes** da decisão restringe-se aos integrantes da categoria da base territorial do *sindicato*?

Ou (¿) a eficácia da decisão abrange todos aqueles integrantes da categoria que se encontrem na mesma situação jurídica comum ou homogênea, embora fora da base territorial do *sindicato-substituto*?

O art. 2º-A, da Lei n. 9.494/1997, acrescentado pela MP n. 2.180-35/2001, que disciplina a aplicação da tutela antecipada com a Fazenda Nacional, enfrentou o tema restringindo a eficácia da sentença a área abrangida pelo âmbito de competência de seu prolator:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.”

Seja para declarar, positiva ou negativamente, a existência, validade ou eficácia da situação jurídica homogênea.

Seja para constituir ou desconstituir a mesma situação jurídica, também homogênea.

Essa ação coletiva poderá importar e, no mais das vezes, importará na cumulação de pedido condenatório.

O pedido condenatório dirá respeito às conseqüências da procedência do pedido antecedente — declaratório ou constitutivo.

A sentença, procedente o primeiro pedido, terá eficácia *condenatória*, em relação ao último pedido, se o acolher.

Condena, por exemplo, a satisfazer os benefícios suprimidos pelo ato declarado ineficaz ou desconstituído.

Mas, será uma *condenação* claramente ilíquida.

O **quantum debeatur** dependerá da identificação individualizada de cada relação empregatícia abrangida pela decisão coletiva.

Far-se-á necessário identificar:

- (1) o sujeito ativo (empregado) abrangido pela decisão coletiva; e
- (2) as especificidades de cada relação de emprego:
 - (a) valor de salário;
 - (b) tempo de serviço;
 - (c) período aquisitivo de férias;
 - (d) adiantamentos salariais etc.

Lembro que os direitos decorrentes do contrato de trabalho são sempre interdependentes:

— o salário reflete sobre eventuais horas extras;

— as horas extras, por sua vez, implicam diferenças sobre valores de férias, aviso prévio etc.

Tudo depende de especificidades individuais.

Aqui está a questão.

Não se trata, neste ponto, especificamente, de direito deferido 'em igual extensão e natureza a integrantes' da categoria.

Não se trata de *direito individual homogêneo* de que sejam titulares *integrantes da categoria*.

Trata-se, isto sim, de direito de titularidade individual, originário de específica e concreta relação de trabalho.

Direito individual esse decorrente da forma pela qual o empregador deu cumprimento ao respectivo contrato de trabalho, insusceptível, portanto, de defesa coletiva porque não comum ou homogêneo.

Lembro que **Marco Aurélio**, no MI n. 102 de 1998, citado acima, já chamava a atenção para essa peculiaridade.

Discutia-se lá a participação dos empregados nos lucros das empresas.

Releio **Marco Aurélio**:

‘(...)

Trata-se de direito substancial do trabalhador e vinculado a contrato individual de trabalho que encerre, portanto, liame empregatício. Logo, impossível é cogitar da substituição processual disciplinada na legislação ordinária ...

Tampouco pode-se vislumbrar a legitimação extraordinária no disposto no inciso III do art. 8º da Constituição ...

(...)

É que, ..., o direito que se pretende viabilizar é individual dos trabalhadores e não da categoria que o sindicato-autor congrega. ...

(...)' (Voto, fls. 08/09)

A questão é, digo eu:

(a) Tem o *sindicato* legitimação, como *substituto processual Tipo 2*, para pleitear, em nome próprio, direitos decorrentes da execução de específico e concreto contrato individual de trabalho, de que sejam titulares *filiados e/ou não filiados*?

Ou, dito de outra forma:

(b) Tem o *sindicato* legitimação, como *substituto processual Tipo 2*, para pleitear, em nome próprio, *direitos individuais não homogêneos*, de integrantes da categoria, *filiados* ou não *filiados* ao *sindicato*?

Quem responder positivamente a esta questão tem a responsabilidade de enfrentar e superar vários problemas.

(A) *Liberdade de filiação e não filiados.*

O primeiro deles está posto no trabalho de **Calmon de Passos**:

(...)

7. (...)

... O art. 8º acentua, de logo, ser livre a associação sindical, eliminando toda impositividade na constituição dessas entidades, mas por igual assegura a liberdade do trabalhador filiar-se ou manter-se filiado a *sindicato* (incisos I e V).

... Evidente que se resguardou, de modo prevaiente, a vontade individual do trabalhador. É ele *livre de associar-se e livre de desligar-se de associação a que pertença, inclusive quando de sindicato se cuide*. E isso era decisivo, máxime quando se assegurou a unidade sindical, eliminado o pluralismo, ...

8. Como se entender o que prescreve o inciso III do art. 8º da Constituição Federal, ...?

Numa interpretação literal, ..., concluir-se-ia que o *sindicato* é livre de postular em juízo, ou perante as autoridades administrativas, em nome próprio e no interesse de qualquer integrante da categoria.

Interpretação acanhada, desse jaez, estaria em *conflito aberto com a garantia deferida ao trabalhador de associar-se ou não ao sindicato*. Atribuindo-se a essa entidade a qualidade de substituto processual de todo trabalhador integrante da categoria, seria o trabalhador expropriado de quanto lhe foi garantido, visto como *embora livre de associar-se ou não ao sindicato, não seria livre de vê-lo atuando em seu nome e à sua revelia*.

(...)

O direito constitucional de *não-filiação* falsifica a afirmação de que o *sindicato*, de forma ampla e irrestrita, seria 'livre de postular em juízo' qualquer direito individual pertinente a integrante da categoria por ela representada.

A abrangência universal do enunciado se contrapõe à regra constitucional da liberdade de *não-filiação*.

A *substituição processual* é incompatível com pedido, cujo fundamento seja específico e concreto contrato de trabalho, causa de direitos não homogêneos.

Repito.

Só faz sentido a defesa coletiva de direitos individuais se, e somente, esses direitos forem homogêneos, ou seja, tiverem uma origem comum.

[Na sustentação oral de ontem, o Dr. José Torres das Neves referiu-se, expressamente, a *interesses homogêneos*.]

(B) *Direito de defesa*.

Calmon enuncia outro problema.

É a questão da defesa do Reclamado.

Diz ele:

‘(...)

11. (...)

(...)

(...) Defender-se alguém de pretensões de caráter individual *sem que sejam precisadas as relações jurídicas individuais* postas para acerto judicial, é ver-se esse alguém compelido a atuar em juízo expropriado das garantias do seu direito de defesa e de prova, garantias inelimináveis do devido processo legal. ...

(...)

O Reclamado ficaria impossibilitado de se defender quanto à configuração dos eventuais direitos individuais, pertinentes a cada um dos trabalhadores substituídos.

A configuração desses direitos individuais decorre:

(a) das características específicas de cada relação de emprego: valor do salário, tempo de serviço, turno da jornada etc.;

(b) do cumprimento, ou não, pelas partes, de específicas cláusulas contratuais;

(c) da forma como o empregador, em cada relação empregatícia, deu execução à cláusulas contratuais comuns etc.

Pergunto:

Como poderá o empregador opor, em defesa, as situações peculiares de alguns de seus empregados (fatos modificativos, extintivos ou im-peditivos) se as relações empregatícias específicas não estão postas em juízo?

Uma *ação de defesa coletiva de direitos individuais, com substituição processual*, só comporta discussões de caráter homogêneo frente à categoria profissional, ou parte dela.

Não há espaço para alegações de cunho absolutamente individual, relativas a um ou outro empregado que, inclusive, poderão não estar identificados na inicial:

Como alegar que determinado empregado já transacionou, em outra reclamatória individual, o seu eventual direito?

Como alegar que determinado empregado teve o reajuste pretendido já incluído em seu salário?

Poder-se-ia afirmar que esse óbice à defesa, decorrente da não-identificação dos substituídos, poderia ser removido.

Para tanto, dir-se-ia, basta exigir que a inicial da ação se faça acompanhar por uma lista com a nominata dos substituídos.

Por essa fórmula, então, o Reclamado poderia deduzir as alegações individuais relativas a cada um dos substituídos, constantes da lista.

Essa foi a solução encontrada pelo TST.

Leio item do Enunciado n. 310,³ hoje revogado:

‘(...)

³ Enunciado n. 310

Substituição processual. Sindicato

I - O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato.

II - A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis ns. 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei n. 7.788.

III - A Lei n. 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria.

IV - A substituição processual autorizada pela Lei n. 8.073, de 30.07.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial.

V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade.

VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto.

VII - Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento.

VIII - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios. (Res. 1/1993 DJ de 06.05.1993)

Referência: CF/1988, art. 8º, inciso III — Leis ns. 6.708/1979, 7.238/1984, 8.073/1990 e 7.788/1989, art. 8º.

Revogado na sessão plenária do TST de 25.09.2003.

V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, *todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade.*

(...)'

Essa solução é falaciosa.

A característica da *ação coletiva*, que a diferencia das ações com litis-consórcio ativo, é a *eficácia **ultra partes*** da decisão.

Como diz **Calmon**, as

'(...)

11. (...)

(...)

(...) lides com pluralidade de sujeitos não se confundem com o *litígio coletivo*, cuja característica básica é a de que, mesmo envolvendo sujeito singular e determinado, ou sujeitos determinados, do ponto de vista formal, a *eficácia da coisa julgada das decisões que o compõem opera em favor de outros sujeitos que não os figurantes do processo*, sujeitos indeterminados, apenas determináveis em momento subsequente, em termos de execução do julgado ou de seu cumprimento.

(...)'

A exigência de identificação dos substituídos desnaturaria a ação coletiva.

A ação coletiva acabaria se transformando em uma mera ação similar àquelas com litisconsorciação ativa, pois a eficácia da decisão ficaria restrita aos empregados constantes da lista.

Alguém poderia tentar negar tal conseqüência.

Poderia pretender que, não obstante a exigência da lista, a sentença seria eficaz inclusive para aqueles que dela não constassem.

Se isso fosse verdade, a lista seria inútil e, portanto, dispensável.

Assim, se necessária, a lista teria como conseqüência a redução da eficácia da coisa julgada aos relacionados na lista.

Para preservar a característica fundamental da ação coletiva — eficácia **ultra partes** da sentença — tal lista não pode ser tida como necessária.

Não é necessária porque a eficácia da coisa julgada independe da relação dos nomes dos substituídos.

Essa desnecessidade torna absolutamente claro que o objeto da ação coletiva são situações comuns, homogêneas e genéricas, abrangente de integrantes de uma categoria profissional.

Registro, com **Calmon**, que

‘11. (...)

(...)

..., a indicação dos ‘outros’ a se beneficiarem dos efeitos do julgado é não só descartável, como desaconselhável, se não impossível. *Nesses litígios, ... a decisão ... se constitui título* no qual as qualificações dos sujeitos passíveis de se beneficiarem com o julgado estão explícitas, podendo os não-figurantes nesse título nele se inserirem, provando preliminar e documentalmente sua condição de favorecidos com a coisa julgada.

(...)

Eis o raciocínio:

(a) Se, e somente se, a lista, acompanhada da formulação de pedido específico relativo à situação individual e não homogênea de cada um dos substituídos arrolados, viabiliza a defesa do Reclamado;

(b) Se a exigência de lista desnatura a ação coletiva;

(c) Logo, essa ação coletiva só é compatível com pedidos homogêneos, onde haja ‘transindividualidade do interesse’.

O local para a discussão e decisão de situações peculiares a cada substituído, não é no bojo da ação coletiva.

A identificação necessária dos substituídos dar-se-á, isto sim, no bojo da liquidação/execução da sentença coletiva, como veremos adiante.

(C) ‘Dificuldades’.

O Professor **Amauri Mascaro Nascimento** examinou o tema:⁴

Arrolou algumas questões, que denominou de “dificuldades”, decorrentes do reconhecimento da *substituição plena*, abrangentes de direitos individuais não comuns ou não homogêneos.

⁴ **Mascaro Nascimento, Amauri**. *Substituição Processual. Constituição Federal/1988, art. 8º, inciso III*. In “IV Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho”, IBCB, pp. 107/108.

Destaco algumas:

(a) mantida a *possibilidade de contraditório pleno*, [porque deduzido pedidos individuais não homogêneos] ... *o sindicato é quem presta o depoimento pessoal pelos substituídos?*;

(b) ... *haveria confissão ficta?*;

(c) caberia ... *ao sindicato o ônus da prova do direito de cada substituído?*;

(d) poderia ... *o substituído ... desistir da ação ou conciliar-se e, em caso afirmativo, [seria] ... necessária anuência do sindicato?*;

(e) haveria ... *litispendência quando subsistem duas ações concomitantes com o mesmo objeto, a promovida pelo sindicato e a proposta pelo substituído em processo separado?*;

Insisto que todas essas ‘dificuldades’ não se põem quando se tratar de ação que tenha como objeto interesses e direitos individuais, comuns ou homogêneos.

Tais ‘dificuldades’ só aparecerão se a ação tratar de direitos individuais não comuns ou não homogêneos.

Toda a vez que se cogitar, por exemplo, de condenação a uma prestação, a configuração dessa condenação — o seu **quantum**, em especial — dependerá das especificidades de cada uma das relações empregatícias.

Esse direito é visceralmente individual, não decorrente de origem comum.

Só é corporificável a partir do conteúdo de cada um dos contratos de trabalho.

E, mais e principalmente, só é exercitável pelo próprio titular do direito subjetivo material ou por representante devidamente aparelhado por mandato.

(2) *Dissídios simples, plúrimo e coletivo.*

Para essas situações individuais, não homogêneas, há, no direito do trabalho, além dos *dissídios simples*, as *reclamatórias plúrimas*, onde o que se dá é a litisconsorciação ativa facultativa.

Lembro, com **Teori Zavascki**, que

‘(...)

... Há uma modo tradicional de defesa coletiva de direitos individuais: é o litisconsórcio ativo facultativo. Realmente, direitos com ori-

gem comum são sem dúvida direitos afins por ponto comum de fato e de direito, tal como prevê o art. 46, IV, do CPC. A defesa coletiva em litisconsórcio será viável, portanto, mediante *legitimação ordinária* e sem outra restrição que não a da eventual recusa ...

(...)⁵

Nessas reclamações, de conteúdo predominantemente condenatório, é facultado ao *sindicato* figurar como *representante processual* dos litisconsortes, se estes assim o entenderem e autorizarem.

Não se confunda *reclamação plúrima* com a *reclamação de cumprimento de dissídio coletivo*.

Esta última é *ação de cumprimento*, decorrente de sentença prolatada em dissídio coletivo, onde se defendeu direitos coletivos, não individuais, da categoria.

Ensina **Amauri Mascaro Nascimento** que

‘(...)

Dissídios coletivos são processos judiciais destinados a solucionar os conflitos coletivos de trabalho. Neles, ‘está em jogo o *interesse abstrato de grupo ou categoria*’ (**Délio Maranhão**). Particularizam-se pelo seu *objeto*, que é a condição de trabalho genericamente considerada com caráter normativo, e pelas *partes*, que são pessoas indiscriminadas representadas em juízo pelos órgãos sindicais. ...

(...)

...[No dissídio coletivo] não há empregados individualmente agindo, ... Há uma categoria constituída de trabalhadores não conhecidos e que não figuram no processo. ... é dissídio entre grupos sociais representados pelas suas respectivas organizações sindicais. ...

(...)⁶

O mesmo Professor, com precisão, esclarece que

‘(...)

... Quando um *sindicato* de trabalhadores ingressa com dissídios coletivos pedindo a concessão de reajuste salarial, de estabilidade para

⁵ Zavaski, Teori Albino. In “Rev. de Informação Legislativa”, p. 87.

⁶ Mascaro Nascimento, Amauri. “Curso de Direito Processual do Trabalho”, p. 192, Ed. Saraiva, 17ª edição, 1997, p. 192, n. 128, e p. 297, n. 223.

gestantes, de taxa assistencial etc., está pretendendo a concessão de um direito novo. Depois de formado o título, que é a decisão transitada em julgado, cabem, aí sim, as ações individuais condenatórias. ...

(...)'⁷

Para a hipótese dos empregadores não cumprirem o preceito da sentença normativa, a CLT prevê a especial *ação de cumprimento*.

Ela está regulada no art. 872, parágrafo único, da CLT.⁸

Tanto os empregados como os *sindicatos* estão, concorrentemente, legitimados.

A legitimação extraordinária do *sindicato* decorre de expressa previsão legal e independe de outorga de poderes.

É ele erigido à condição de *substituto processual Tipo 2*.

Essa legitimação extraordinária concorrente do *sindicato* se justifica.

Ela decorre da circunstância de que a sentença exequenda tem origem em processo coletivo para o qual somente as '*associações sindicais*' têm legitimação ordinária ativa (CLT, art. 857).⁹

Não é o que se passa com as reclamatórias, cuja causa de pedir sejam contratos individuais de trabalho, geradores de relações individuais não homogêneas.

⁷ Mascaro Nascimento, Amauri. Ob. cit., p. 258, n. 192.

⁸ CLT, DL n. 5.452, de 1^a.05.1943.

Art. 872. Celebrado o acordo, ou transitada em julgado a decisão, seguir-se-á o seu cumprimento, sob as penas estabelecidas neste título.

Parágrafo único. Quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários, na conformidade da decisão proferida, *poderão os empregados ou seus sindicatos, independente de outorga de poderes de seus associados*, juntando certidão de tal decisão, apresentar reclamação à Vara ou Juízo competente, observado o processo previsto no Capítulo II deste título, sendo vedado, porém, questionar sobre a matéria de fato e de direito já apresentada na decisão. (Redação da Lei n. 2.275, de 30.07.1954).

⁹ CLT, DL n. 5.452, de 1^a.05.1943.

Art. 857. A representação para instaurar a instância em dissídio coletivo constitui *prerrogativa das associações sindicais*, excluídas as hipóteses aludidas no art. 856, quando ocorrer suspensão do Trabalho. (Redação do DL n. 7.321, de 14.02.1945)

Parágrafo único. Quando não houver *sindicato* representativo da categoria econômica ou profissional, poderá a representação ser instaurada pelas federações correspondentes e, na falta destas, pelas confederações respectivas, no âmbito de sua representação. (Parágrafo acrescentado pela Lei n. 2.693, de 23.12.1955).

(Art. 856. A instância será instaurada mediante representação escrita ao Presidente do Tribunal. Poderá ser também instaurada por iniciativa do Presidente, ou, ainda, a requerimento da Procuradoria da Justiça do Trabalho, sempre que ocorrer suspensão do trabalho.)

Nessa hipótese poder-se-á estar diante de um *dissídio individual simples*.
Ou, ainda, diante de *dissídio individual plúrimo (reclamatória plúrima)*
onde

‘(...)

... a petição inicial enumera e qualifica cada um dos autores com a determinação do pedido de cada um. ...

(...)¹⁰

Em qualquer uma dessas alternativas processuais, o que se busca é a defesa de direito individual, que, aqui, não é homogêneo.¹¹

É obviamente impossível a discussão, no âmbito de procedimento com *substituição processual*, de fatos pertinentes a cada um dos contratos de trabalho.

Agrego alguns exemplos às ‘dificuldades’ do Professor **Mascaro**:

(a) Trabalhadores que sejam detentores de contratos tácitos, passíveis, ainda, de reconhecimento judicial;

(b) O empregado, em regra, não pode renunciar ao seu eventual direito. É admitida e até estimulada a transação em juízo.

Assegura-se ao empregado poder expressar sua vontade perante o Juiz, onde há proteção contra a coação ou qualquer outro vício.

Na hipótese de *reclamatória com substituição processual*, esses mesmos direitos poderão ser transacionados pelo *sindicato substituto* (?)

¿A assembléia geral poderá autorizar a transação, atingindo direitos da minoria que se opôs a essa transação, tendo por objeto direito individual?

Na hipótese da minoria não poder ser atingida pela sentença, como se identificar os trabalhadores por ela abrangidos, uma vez que, com a *substituição*, os substituídos não são indefinidos?

(3) *Causa de pedir (ações coletivas)*.

As especificidades das relações individuais de trabalho não integram a ação, quando for ela *coletiva*.

¹⁰ Mascaro Nascimento, Amauri. Ob. cit., p. 297, n. 223.

¹¹ A *reclamatória plúrima* tem, ainda, duas condições especiais:

(a) *identidade de matéria*:

(b) *tratar-se de empregados da mesma empresa ou estabelecimentos* (CLT, art. 842).

Repito que o contrário levaria a considerar a ação coletiva como uma peculiar hipótese de litisconsórcio ativo.

Calmon de Passos, em outro parecer inédito¹² define, com precisão, a *causa de pedir na ação coletiva*:

‘(...)

4. ... Os fatos jurídicos específicos, pertinentes a cada sujeito do plexo de relações jurídicas trazidas à colação, genericamente, na demanda coletiva, não são postos, no pleito como causa de pedir. *Causa de pedir, na ação coletiva, é a alegação de uma situação de fato genérica e de uma prescrição jurídica que, também ao nível de generalidade, tem aptidão para embasar pretensões concretas, caso futuramente comprovadas.* O que é certificado e se faz firme e indiscutível no pleito coletivo é apenas que todo aquele que comprovar, na postulação individual, satisfazer os pressupostos da certificação genérica, fará jus à tutela de seu interesse individual, exigindo-se unicamente comprove incidir, em sua situação particular, o pressuposto (**an debeat** genericamente certificado).

(...)

7. ..., o substituído, em termos individuais, tem *apenas de provar a condição de sujeito ativo de uma relação jurídica de que é sujeito passivo o réu no pleito coletivo*, e a relação jurídica do tipo da que foi objeto de acerto genérico na sentença coletiva. Acerto que reduziu a anterior complexidade a uma complexidade mínima, visto como ao pretensor individual resta unicamente *provar a existência da relação jurídica que o vincula ao vencido*, já tornado firme o seu direito (genericamente) e a *condição de devedor do vencido*. ...

(...)

Haverá, em alguns casos, peculiaridade relevante.

Refiro-me àquelas hipóteses em que, do julgamento de procedência do pedido, decorrem obrigações pecuniárias para o Reclamado.

O Reclamado tenha, por exemplo, de satisfazer benefícios suprimidos pelo ato declarado ineficaz ou desconstituído.

¹² **Calmon de Passos, J. J.** Parecer na reclamação ajuizada pelo Sindicato dos Trabalhadores de Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesa Telefônica do Pará — Sinttel — PA contra a Telecomunicações do Pará S/A — Telepará, (21.10.2000).

Nessa hipótese, caberá, na ação coletiva, a formulação de um pedido condenatório.

Tal pedido será do tipo *cumulativo sucessivo*.

O primeiro pedido cumulado terá como objeto a situação comum a todos os substituídos — ato que teria suprimido alguma parcela salarial, por exemplo.

Em relação a esse ato pede-se sua desconstituição ou a declaração de sua ineficácia em relação aos substituídos.

Se a decisão vier a ser negativa em relação à desconstituição ou ineficácia, ficará prejudicado o pedido condenatório.

A situação é diversa se julgado procedente esse pedido.

O Juiz passaria, então, a conhecer do pedido condenatório relativo a tais parcelas.

Só na hipótese de nulificação ou de declaração de ineficácia do ato, o pedido relativo ao pagamento dos valores suprimidos será conhecido.

Nesse caso, o pedido condenatório é subsidiário do pedido principal.

Por isso, em decorrência da subsidiariedade, pode o pedido condenatório ser deduzido em ação coletiva com *substituição processual*.

Logo, em decorrência da natureza subsidiária, tem o *sindicato* legitimação, como *substituto processual Tipo 2*, para formular o pedido condenatório, acessório e subsequente.

Nessa hipótese, a *substituição processual* é legítima.

(4) *Liquidação da sentença coletiva.*

Mas, resta outro ponto.

A *substituição processual* não se coaduna com processo de conhecimento no qual o pedido principal tenha como causa situações jurídicas decorrentes de específicas relações empregatícias individuais, nada homogêneas.

Na hipótese acima aventada — pedido condenatório sucessivo — a liquidação da condenação não poderá se dar em ação coletiva com *substituição processual*.

Volto a **Calmon de Passos**, que dissecou o tema:

(...)

... Assim como a lei, genericamente, põe situações que, a se concretizarem, colocam um sujeito em condições de pretender de outro sujeito alguma vantagem que lhe é juridicamente assegurada, devendo provar, não só a incidência desse preceito genérico, como a verdade dos fatos constitutivos do suposto normativo, aqui, em se cuidando de *liquidação de sentença coletiva*, já definido ‘quem o devedor’ e ‘certificado o fato gerador da pretensão’, *só resta provar-se a condição de sujeito de uma relação jurídica individual da natureza da relação jurídica coletivamente certificada, e relação jurídica que tem como sujeito passivo o ‘coletivamente obrigado’.*

8. Subsiste, portanto, um *resíduo de an debeatur* a pedir certificação nesse segundo momento, ainda tipicamente de cognição e não de pura execução, dado que se mantém o ônus da prova do fato constitutivo da relação individual, agora a cargo do credor, pessoa física, dispensado, contudo, de provar o seu direito, já certificado na ação coletiva (**an debeatur** genérico) com eficácia vinculativa do réu, devedor comum, por força dos efeitos **ultra partes** da decisão. Na fase de liquidação das sentenças proferidas em ações coletivas, o que se deve ter por firme e indiscutível, obrigando o julgador, é a certificação genérica precedentemente constituída. E porque genérica, nenhum óbice representa para uma subsequente certificação de inexistência da relação jurídica individual ou da extinção do direito do que pleiteia sua satisfação individual, sem que se possa invocar o obstáculo da coisa julgada, visto como, nos termos de quanto já exposto, *essa dimensão da demanda não foi objeto de acerto na sentença de mérito da ação coletiva*. E nisso a liquidação das sentenças coletivas se distingue da liquidação das sentenças individuais, visto como, nestas, só o **quantum debeatur** é questionável, enquanto naquelas, além dele, há um *resíduo de an debeatur* ainda questionável.

(...)¹³

Esse *resíduo de an debeatur* é para pedido exclusivamente individual, insuscetível de pretensão coletiva com *substituição processual*.

Basta ver que os *direitos individuais homogêneos*, como corretamente ensina Teori Zavascki, são

(...)

¹³ In Parecer citado na nota anterior (12).

Divisíveis: podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns titulares sem afetar os demais.

(...)¹⁴

Cada situação individual, com sua peculiaridade.

Mas, é evidente que a eventual liquidação pode se dar pela forma *plúrima*.

Todos ou alguns dos então substituídos poderão, se assim lhes convier, ajuizar, em litisconsórcio ativo, a liquidação da sentença coletiva, formulando, cada um deles, os seus pedidos individualizados.

Outros poderão promover liquidações individuais.

Em qualquer caso, o *sindicato* poderá representar aqueles empregados que expressamente o autorizarem.

Não haverá, então, *substituição*, mas a velha *representação processual*.

Essa, creio eu, seja a solução para *liquidação/execução* das sentenças coletivas relativas a *direitos individuais comuns ou homogêneos*, ou seja, naquelas em que houve defesa coletiva de

‘direitos e interesses individuais [de integrantes] da categoria’.

Essa solução supera e elide todos os problemas, objeções e dificuldades acima identificadas.

Não haverá ato algum de disposição pelo *sindicato-substituto* de direito subjetivo material de que possa ser titular qualquer substituído.

Aliás, essa solução já havia aparecido, intercorrentemente, no debate travado entre Galvão e Pertence, na AO n. 152 (Caso Ajuris x RGS).

Galvão, após ver ‘dificuldade ... quando o direito subjetivo não é homogêneo ...’, dirigiu-se a Pertence:

(...)

O Sr. Ministro Ilmar Galvão: Vejo que é necessário que cada interessado venha a propor a execução. Então, a representação — [essa a expressão utilizada no debate de 1999] — *fica restrita à fase de conhecimento*. É o que V. Ex^a. admitiu.

¹⁴ Zavascki, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direito, in “Revista de Informação Legislativa”, julho/setembro, 1995, n. 127, p. 85.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: *Sim, mas esse é o sistema de todas as ações coletivas que se estão multiplicando.*

(...)'

Como disse acima, na fase de execução poderá estar o *sindicato*, mas já na condição de *representante processual*, se devidamente credenciado pelos titulares do direito.

A situação é outra para a execução de sentença prolatada em *dissídio coletivo* do art. 856 e seguintes da CLT.

Nos *dissídios coletivos* não se trata da defesa coletiva de direitos individuais comuns ou homogêneos de integrantes da categoria.

Eles são o veículo processual para a

'defesa dos direitos e interesses *coletivos* da categoria'.

E, como diz Calmon, esse direitos e interesses

'(...)

... são da esfera jurídica do *sindicato*, assim *legitimado ordinariamente* ...

(...)" (Parecer).

Como vimos, para a execução de sentença decorrente de *dissídio coletivo*, há a *ação de cumprimento* do art. 872, parágrafo único, da CLT.

Para essa ação, a legitimação extraordinária concorrente do *sindicato* decorre de norma expressa.

Há *substituição*, por força de lei.

Lembro, ainda, que há outras hipóteses — não trabalhistas — em que lei, expressamente, autoriza a *substituição processual* na liquidação e na execução de sentença coletiva.

É o caso, por exemplo, da liquidação e execução de sentença decorrente de *ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos*, onde o Código de Defesa do Consumidor legitima, concorrentemente, outros além da vítima e seus sucessores (Lei n. 8.078/1990).¹⁵

¹⁵ Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, 11.09.1990:

Art. 97. A liquidação e a execução da sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

Teori Zavascki demonstra que, mesmo nessas execuções com *substituição* autorizada por lei, o substituto tem limitações:

‘(...)

7. ... Em todos os casos em que a *execução é promovida por substituto processual*, será incabível, a não ser com expressa autorização do substituído (o que, em se tratando de interesses difusos e coletivos, é impossível obter), a prática de atos que importem disposição do direito material, como, por exemplo, a transação, a renúncia ou qualquer outra forma de remissão da dívida (CPC, art. 794, II e III). *Quem defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem, não substitui o titular na relação de direito material, mas sim e apenas na relação processual. ...*

(...)¹⁶

Veja, por exemplo, quanto à *ação de cumprimento*, que o TST tem dois *enunciados* onde a titularidade, por parte dos substituídos, do direito subjetivo material é resguardada (Enunciados ns. 180 e 255).¹⁷

Esta me parece a interpretação para o art. 8º, III, da CF:

(a) o *syndicato* é *substituto processual* nas ações coletivas de defesa de ‘*direitos e interesses individuais*’, comuns ou homogêneos, dos integrantes da categoria, dispensada qualquer autorização;

(b) o *syndicato* não tem legitimação, como *substituto processual*, para promover a liquidação e/ou a execução de sentença prolatada nessas ações. Essa solução é validada pelo o que se passa na liquidação de sentença.

Zavascki¹⁸ após afirmar que *as situações de iliquidez são de variado grau*, considera o título judicial apto à execução quando contiver afirmação a respeito de cinco pontos:

(1) *ser devido (an debeat)*;

(2) *a quem é devido (cui debeat)*;

¹⁶ Zavascki, Teori Albino. “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. 08, p. 58, n. 07, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁷ *Enunciado n. 180.*

Nas ações de cumprimento, o substituído processualmente pode, a qualquer tempo, desistir da ação, desde que, comprovadamente, tenha havido transação.

Enunciado n. 255.

O substituído processualmente pode, antes da sentença de primeiro grau, desistir da ação.

¹⁸ Zavascki, Teori. Obra citada, p. 338.

(3) *quem deve* (**quis debeat**);

(4) *o que é devido* (**quid debeatur**);

(5) *em que quantidade é devido* (**quantum debeatur**).

Nas ações coletivas em exame, só há decisão sobre

(a) o *ser devido* — o '**an debeatur** genérico' referido por **Calmon**; e

(b) sobre '*quem deve*' — o '**quis debeat**'.

Nada em relação aos demais itens.

Será na liquidação que os demais itens, juntamente com o *resíduo de an debeatur*, poderão e deverão ser integrados ao título judicial.

Tal ação só pode ser promovida pelo titular do direito subjetivo material individual, reconhecido genericamente na sentença.

Fico, por fim, com **Calmon de Passos**:

'(...)

20. ... a Constituição Federal deu aos *sindicatos* legitimação para *substituírem processualmente* seus associados ou os integrantes da categoria. *Não lhes deu, nem poderia lhes dar, legitimação de direito material, vale dizer, não os tornou titulares do direito subjetivo material dos substituídos, integrantes do patrimônio de cada trabalhador. ... Pretender o sindicato receber o que não lhe pertence, sim a trabalhadores individuais, é agir ilicitamente se não delituosamente. Só mediante outorga de poderes específicos e especiais pode alguém receber e dar quitação por outrem. E quem não pode nem receber nem dar quitação está deslegitimado para pleitear o que não lhe pertence se não constituído mandatário, com poderes específicos, pelo titular do crédito. Admitir-se a legitimação do substituto para a execução equivale a expropriar-se o substituído do direito de que é o 'único' titular ou transmutar-se a substituição em representação, ...*

(...)' (Parecer, fl. 24)

(5) *A substituição processual e a Constituição.*

Sintetizo.

A Constituição de 1988, porque aberta aos direitos coletivos e aos direitos comuns ou homogêneos, alterou o tratamento tradicional da *substituição processual Tipo 2*, embora tenha se utilizado da expressão *representação*.

Arrolo as hipóteses:

(1) CE, art. 5º, XXI:

Substituição processual por parte das ‘Entidades Associativas’, quanto aos seus ‘filiados’.

A legitimação extraordinária dessas entidades decorre de autorização constante do próprio Estatuto, ou, não o havendo, de decisão tomada, por maioria, em assembléia geral.

Tal ‘autorização’ não se confunde com a exigida para a *representação processual*.

Temos, nesse caso, *substituição processual*, dependente de autorização.

(2) Art. 5º, LXX:

Substituição processual, no mandado de segurança coletivo, para as pessoas referidas no art. 5º, LXX, **a** e **b**, independentemente de qualquer tipo de autorização;

(3) Art. 8º, III:

Substituição processual pelos sindicatos, independentemente de qualquer autorização, para a defesa coletiva de ‘direitos e interesses individuais, comuns ou homogêneos, de integrantes da categoria’.

Nesta hipótese, na liquidação e/ou na execução da sentença não haverá *substituição processual*. Poderá haver, se for o caso, *representação*.

Por último, lembro que o *sindicato*, quando defende ‘direitos e interesses coletivos da categoria’, tem legitimação ordinária, não sendo caso de *substituição*.

4. Conclusão.

Dir-se-á que a solução exposta esvaziaria a *substituição* do art. 8º, III.

Nego tal afirmação.

Ela põe o *sindicato* nos estritos termos da regra constitucional.

Em momento algum a Constituição pretendeu erigir o *sindicato* como titular dos direitos individuais dos integrantes da categoria por ele representada.

Como disse **Calmon**, solução diversa importaria em

‘(...)

12. (...)

... escamotear uma reclamação que poderia ser plúrima sob a capa de uma ação coletiva, não prevista nem autorizada no direito brasileiro, nem em qualquer país do mundo”

(...)¹⁹

Deve-se ter presente, com Zavascki, que

‘(...)

O caráter genérico da sentença de procedência e a inviabilidade de sua liquidação e execução por substituto processual autônomo são dois indicativos importantes da opção feita pelo legislador brasileiro em tema de defesa coletiva de direitos individuais, qual seja: o titular do direito material não pode ser obrigatoriamente vinculado ao processo ou aos efeitos da sentença. ...

(...)²⁰

Solução diversa importaria em admitir que a Constituição teria erigido o *sindicato* como co-titular dos direitos subjetivos individuais de filiados e não filiados.

É de se repelir interpretação que conduza a expropriação, pelo *sindicato*, dos direitos individuais dos trabalhadores.

A presente solução enfrenta e soluciona os problemas que foram suscitados, ontem, da tribuna.

Inviabiliza, inclusive a possibilidade de fraude narrada ontem como uma das causas do cancelado Enunciado n. 310, do TST.

A solução alvitrada assegura a demanda coletiva no que ela pode e deve ser coletiva.

O extraordinário Ronaldo José Lopes Leal, Ministro do TST e seu Corregedor e que carrega em seu currículo o fato de ter sido juiz em Santa Maria da Boca do Monte, enviou-me minuta de acórdão em que acena para o tratamento legal dado pelo Código de Defesa do Consumidor à ação civil coletiva do seu art. 91.²¹

A magistratura trabalhista, com sua sabedoria fincada na experiência concreta, saberá enfrentar e solucionar os problemas infraconstitucionais que surgirão nos casos concretos.

¹⁹ Calmon de Passos. Primeiro parecer referido acima.

²⁰ Zavascki, Teori Albino. In “Rev. de Informação Legislativa”, 127, p. 92. Discorrendo sobre a ação coletiva do Código de Defesa do Consumidor (arts. 91 a 100).

²¹ Processo n. TST-E-RR-175.894/95.9.

Com essas observações e limitações, acompanho o Relator.

Conheço do recurso e lhe dou provimento, em parte.”

3. Da robusta fundamentação do voto transcrito e das suas autorizadas conclusões, fica evidenciado que: (a) as entidades sindicais têm, sim, legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, desde que se tratem de direitos homogêneos e que guardem relação de pertencibilidade com os fins institucionais do sindicato demandante; (b) a legitimação ativa se opera em regime de substituição processual, visando obter sentença condenatória de caráter genérico, nos moldes da prevista no art. 95 da Lei n. 8.078/1990, sem qualquer juízo a respeito da situação particular dos substituídos; (c) o ajuizamento da demanda cognitiva, nesses limites, dispensa a autorização individual dos substituídos; (d) a individualização da situação particular, bem assim a correspondente liquidação e execução dos valores devidos a cada um dos substituídos, se não compostas espontaneamente, serão objeto de ação própria, a ser promovida pelos interessados, ou pelo Sindicato, aqui em regime de representação. Quanto a estes aspectos, portanto, não há por que dar provimento ao recurso especial.

4. Resta examinar a alegação da falta de documento essencial, os extratos das contas vinculadas ao FGTS em nome dos interessados. Também aqui o recurso não prospera, e isso por duas razões. Em primeiro lugar, porque não se pode confundir “documento essencial à propositura da ação” com “ônus da prova do fato constitutivo do direito”. É certo que ao autor cumpre provar os fatos que dão sustento ao direito afirmado na petição inicial, mas isso não significa dizer que deve fazê-lo mediante apresentação de prova pré-constituída e já por ocasião do ajuizamento da demanda. Nada impede que o faça na instrução processual, que é o momento próprio para isso, e pelos meios de prova regulares, inclusive, se for o caso, mediante requisição dos documentos ou das informações da mão de quem os detenha. É possível até que os fatos nem venham a ser contestados, o que dispensaria a produção da respectiva prova. Por outro lado, em se tratando, como aqui se trata, de ação coletiva — que, conforme salientado, visa uma sentença condenatória genérica —, a prova do fato constitutivo do direito subjetivo individual deverá ser produzida por ocasião da ação de cumprimento, oportunidade em que se fará o exame das situações individuais visando identificar e mensurar cada um dos direitos subjetivos genericamente reconhecidos na sentença de procedência.

5. Homologo o pedido de fl. 457.

6. Por todo o exposto, nego provimento. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 495.744 — CE (2003/0016026-6)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Antônio Carlos de Martins Mello

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Exceção de suspeição oposta por representante do Ministério Público como **custos legis** em ação de desapropriação conexa à ação civil pública.

1. O representante do *Parquet* possui legitimidade para opor exceção de suspeição por inimizade existente entre uma das parte litigantes e juiz da causa, ainda que interveniente como **custos legis**, porquanto visa tutelar o interesse indisponível consistente na imparcialidade do julgador.

2. Deveras, pela mesma razão, ainda que atue nos autos de ação de desapropriação como fiscal da lei, pode invocar a inimizade do juiz da causa em relação à sua pessoa, porquanto a demanda é conexa à ação civil pública. Destarte, a suspeição argüida em ação conexa contamina todo o processo por força do julgamento simultâneo que se impõe.

3. O Ministério Público, como **custos legis**, opina pela procedência ou improcedência do pedido, decorrendo de sua expectativa legal, o direito de oferecer as exceções instrumentais. Exegese que se impõe do art. 138, inciso I, primeira parte, do CPC. Aliás, é essa mesma **ratio** que autoriza o recurso do Ministério Público como parte ou como fiscal da lei (art. 499 do CPC).

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Luiz Fux, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: O Ministério Público Federal interpôs recurso especial, com fulcro na alínea **a** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido em sede de exceção de suspeição pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

“Processual Civil. Exceção de suspeição. Invocação de inimizade entre o representante do Ministério Público e o juiz. Ação em que o Ministério Público intervém como fiscal da lei. A inimizade a que se refere o art. 135, I, do CPC, deve verificar-se entre a parte e o juiz. Rejeição.”

Trata-se, originariamente, de exceção de suspeição oposta pela douta representante do *Parquet* Federal, Dr^a. Nilce Cunha Rodrigues, tendo como excepto o Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, com fulcro no art. 135, I, do CPC, objetivando afastá-lo do processo de desapropriação, sob o fundamento de que o excepto, durante audiência, agrediu injustamente a excipiente, restando evidente sua animosidade e sua ausência de imparcialidade.

O excepto alegou, preliminarmente, a extemporaneidade da oposição da exceção e, no mérito, aduziu que não proferiu ofensas relacionadas pela excipiente na exordial.

O Tribunal de origem, por unanimidade, rejeitou a exceção oposta sob o fundamento de que a douta Procuradora da República oficiou no processo como **custos legis**, nos autos de desapropriação, restando descaracterizada a suspeição porquanto não atuou como parte.

Na presente irresignação especial, alega a douta representante do *Parquet* Federal, em síntese, que o acórdão recorrido violou o disposto no art. 135, I, do CPC, tendo em vista que, muito embora na desapropriação tenha oficiado, tão-somente, como fiscal da lei, referida demanda está intimamente relacionada à ação civil pública supra-referida ajuizada para atacar desvio de finalidade que teria ocorrido no processo expropriatório. Aduz, que “São, portanto, conexos o processo desapropriatório, do qual a exceção ora analisada é incidente, e a ação civil pública referida, sendo que nesta última também foi argüida a suspeição do juiz.” (Fl. 228)

Contra-razões ofertadas pugnando pelo não-conhecimento do recurso porquanto a decisão recorrida, com base em elementos de prova, consignou que não restou demonstrado o sentimento de inimizade do juiz em face da representante do *Parquet*, que não é parte no feito principal (desapropriação), senão **custos legis** e, “tampouco ficou prequestionado, mas subentendido, que eventuais ações incidentais são uma projeção do mesmo papel do *Parquet*, este insusceptível, naturalmen-

te, de tornar-se objeto de idolatria ou ódio de quem se oriente por um mínimo de razoabilidade” (fl. 235). No mérito, pugna pelo improvimento do apelo.

Realizado o juízo de admissibilidade positivo do apelo extremo, na instância de origem, ascenderam os autos ao egrégio STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, a matéria federal foi devidamente prequestionada e o acórdão recorrido não decidiu a questão posta nos autos com base em elementos fáticos, mas, tão-somente, de direito, motivo pelo qual o presente recurso especial merece ser conhecido.

Preceitua o art. 135, inciso I, do Código de Processo Civil que “reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes”.

In casu, o Tribunal **a quo**, rejeitou a exceção oposta pelo *Parquet* Federal sob o fundamento de que a excipiente, a douta Procuradora da República, oficiou no processo como **custos legis**, nos autos de Desapropriação, restando descaracterizada a alegada suspeição fundamentada no art. 135, I, do CPC, porquanto não atuou como parte.

Deveras, muito embora a regra seja de que somente possuem **legitimatio** ativa para propor exceção de suspeição, com fundamento no art. 135, inciso I, do CPC, as partes litigantes do processo, no caso **sub judice**, põe-se uma situação peculiar, porquanto a excipiente é a representante do *Parquet* Federal que atuou como **custos legis** nos autos de desapropriação e arguiu a suspeição do juiz em razão de evidente inimizade entre excipiente e excepto.

Sobre o tema, é oportuno colacionar a lição de **Antônio Cláudio da Costa Machado**, in “A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro” (Saraiva, 1989, pp. 482/483):

“(…)

No que diz respeito às exceções **stricto sensu** e à impugnação ao valor da causa, teremos identicamente que discriminar. O Ministério Público — fiscal da lei não pode oferecer exceção de incompetência do juízo, mas lhe é facultado pelo sistema legal opor exceção de impedimento, ou de suspeição, bem como impugnar o valor da causa. Quanto à primeira defesa ritual aludida, dela não se pode valer o fiscal da lei porque, embora de índole formal, a declaração de incompetência e o conseqüente processamento da ação perante outro foro não beneficiam em nada a tutela do interesse público, pelo contrá-

rio, só podem representar vantagem para o próprio réu. Para o fim de colaborar com o magistrado para o perfeito acerto do direito indisponível, pouco importa, é irrelevante mesmo, que o processo corra aqui ou acolá. Além do mais, a intenção da lei foi clara ao retirar do órgão jurisdicional a possibilidade de declarar **ex officio** a incompetência relativa: ocorrendo o fenômeno, só à parte interessada (no caso o réu) cabe a exceção, sob pena de prorrogação da competência; trata-se de um interesse meramente privado, cujo prevailecimento depende única e exclusivamente da iniciativa da parte. Como o fiscal da lei não é instituído pela lei para defender os interesses disponíveis de quem quer que seja, também não lhe é facultado opor exceção de incompetência. ‘Bastante diferentes, por outro lado, são as situações para as quais a lei prevê as exceções de impedimento e suspeição. Aqui não estão em discussão apenas interesses particulares das partes, mas trata-se de um interesse maior, traduzido pela idéia de se resguardar a imparcialidade do órgão jurisdicional. Neste caso, portanto, entendemos que a presença no processo de um fato caracterizador de impedimento ou suspeição autoriza o órgão do Ministério Público a tomar a iniciativa da defesa da garantia da imparcialidade, uma vez que a mera suspeita ou convicção do *Parquet* de que o magistrado é parcial (**v.g.**, se aquele sabe que este é parente de uma das partes ou amigo íntimo de qualquer delas) não deixará de, pelo menos, potencialmente, repercutir sobre o resultado da função fiscalizatória, o que é suficiente, também, de se reconhecer ao fiscal da lei legitimidade para opor as exceções de impedimento ou suspeição. Ademais — e este é outro argumento para sustentar nossa posição — se é possível a qualquer das partes, a qualquer tempo, argüir o impedimento (mais tarde até por rescisória), porque não poderia o Ministério Público fazê-lo desde logo? E quanto à suspeição: se o próprio magistrado pode reconhecê-la de ofício e se a sua presença, por si mesma, representa risco à função fiscalizatória, por que não pode o **custos legis** argüi-la formalmente quando lhe seja dada a primeira oportunidade de manifestação nos autos?’ (...)

(...)”

Consectariamente, revela-se evidente que, com a finalidade de preservação da imparcialidade jurisdicional, interesse naturalmente indisponível, pode o Ministério Público, ainda que interveniente no processo como fiscal da lei, opor exceção de suspeição por inimizade entre o juiz da causa e alguma das partes litigantes.

Resta definir se pode o *Parquet*, sob o fundamento de que o juiz é seu inimigo pessoal, opor a exceção de suspeição.

Neste ponto, é relevante destacar que, muito embora nos autos da ação de desapropriação a Procuradora da República tenha atuado como fiscal da lei, noti-

ciam os autos que ela é subscritora de ação civil pública, conexas à referida demanda, em que se busca demonstrar a ocorrência de desvio de finalidade no procedimento expropriatório, também foi oposta exceção de suspeição tendo como excepto o mesmo juiz da ação de desapropriação.

Ora, o Ministério Público, como **custos legis**, opina pela procedência ou improcedência do pedido, decorrendo de sua expectativa legal, o direito de oferecer as exceções instrumentais.

Verbas, está é a exegese que se impõe do art. 138, inciso I, primeira parte, do CPC, **verbis**:

“Art. 138. Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição:

I - ao órgão do Ministério Público, quando não for parte, e, sendo parte, nos casos previstos nos ns. I a IV do art. 135;

(...)”

Aliás, é essa mesma **ratio** que autoriza o recurso do Ministério Público como parte ou como fiscal da lei (art. 499, **caput** e 2^o, do CPC).

Consectariamente, na hipótese dos autos, ainda que atuante na qualidade de **custos legis** pode o representante do Ministério Público alegar a inimizade existente entre ele e o juiz da causa, porquanto, além da imparcialidade, o seu atuar visa tutelar o resguardo de interesse indisponível mercê de investir a favor da moralidade administrativa cuja proteção está buscando em sede da ação civil pública.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial interposto.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 495.811 — RJ (2003/0007135-4)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: União

Recorrida: Clínica Radiológica Luiz Felipe Mattoso Ltda

Advogados: Dalmar do Espírito Santo Pimenta e outros

EMENTA

Processual Civil. Arts. 535, II e 481, parágrafo único, do CPC. Violação comprovada. Efeito vinculante das decisões do Plenário do STF

1. Os Tribunais, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, devem observar a norma dos arts. 97 da Constituição e 480-482 do CPC, que determinam a remessa da questão constitucional à apreciação do órgão especial, salvo se a respeito dela já houver pronunciamento deste órgão ou do Supremo Tribunal Federal. Nesses casos, o órgão fracionário está dispensado de suscitar o incidente, devendo simplesmente invocar o precedente da Corte ou do STF, a cuja orientação fica vinculado. O que é ilegítimo, e ofende o art. 481 e seu parágrafo, do CPC, é o acolhimento da inconstitucionalidade por órgão fracionário, sem submissão da matéria ao Plenário e, ainda mais, adotando entendimento contrário ao de precedente do STF.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

Publicado no DJ de 24.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Cuida-se de recurso especial (fls. 112/121) interposto pela União, com base na alínea **a** do art. 105, III, da CF, nos autos de mandado de segurança visando ao reconhecimento do direito ao recolhimento do PIS nos moldes da Lei Complementar n. 07/1970, sem as modificações introduzidas pelos Decretos-Leis ns. 2.445/1988 e 2.449/1988 e pela Medida Provisória n. 1.212/1995, convertida na Lei n. 9.715/1998, contra acórdão do TRF 2ª Região cuja ementa é a seguinte:

“Tributário. Contribuição social para o PIS. Medida Provisória n. 1.212, de 05.11.1995, convertida na Lei n. 9.715, de 25.11.1998 — Anterioridade nonagesimal — Observância — Alteração de lei complementar.

I - Adoto entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de medida provisória promover a criação e a modificação de tributos,

desde que passíveis de serem implementadas por lei ordinária, sendo a data da edição da primeira medida provisória o termo inicial para contagem da anterioridade nonagesimal.

II - Inviável, entretanto, a modificação da base de cálculo e alíquota do PIS por meio de medida provisória ou lei ordinária, em observância ao princípio de hierarquia das leis.

III - Não estando determinado na Constituição Federal a base de cálculo da contribuição ao PIS, equipara-se esta às contribuições de competência residual da União, distinguindo-se daquelas a que se refere o art. 195 da Constituição Federal.

IV - Apelação cível da União Federal e remessa oficial improvidas” (fl. 86).

Foram rejeitados os embargos de declaração interpostos pela impetrada com o objetivo de obter manifestação acerca da necessidade de submissão da questão constitucional ao Plenário da Corte, à consideração de que (a) “há evidente falta de interesse da União Federal em tal declaração incidental” (fl. 106); (b) é “inadmissível também que, para a entrega da prestação jurisdicional, por meio da ação célere do mandado de segurança, primeiro se argúa perante o Plenário do Tribunal o incidente de inconstitucionalidade contrariando até mesmo a natureza sumária de seu procedimento” (fl. 107).

A Fazenda, nas razões do especial, aponta ofensa aos arts. 481, parágrafo único, e 535, II, do CPC, alegando, essencialmente, que (a) a concessão da segurança pela Primeira Turma do TRF da 2ª Região apoiou-se na declaração incidental da inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 1.212/1995, convertida na Lei n. 9.715/1998, em razão de suposta violação aos princípios da anterioridade da hierarquia das leis; (b) “a declaração incidente de inconstitucionalidade só é admissível quando a questão tenha sido julgada pelo Plenário do Tribunal, salvo se já houver pronunciamento anterior do mesmo ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, no mesmo sentido, nos termos do parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil” (fl. 115); (c) é nulo o acórdão que julgou os embargos de declaração, por não haver sanado os vícios aí apontados. Pleiteia a Fazenda a anulação do acórdão, “com a remessa do feito ao Plenário do TRF da 2ª Região, para julgamento do incidente de inconstitucionalidade” (fl. 121), ou, sucessivamente, a reforma da decisão, considerando-se constitucionais as alterações promovidas pelo referido diploma legal.

Em contra-razões (fls. 135/161), a autora pede a integral manutenção do julgado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Sobre o tema, assim me manifestei em sede doutrinária:

“(…) Em razão da regra constitucional, sempre que for suscitada questão dessa natureza perante órgão fracionário de tribunal, este, se acolher a alegação, suscitará o incidente disciplinado nos arts. 480 a 482 do CPC, ou seja, suspenderá o julgamento do feito e submeterá à apreciação da inconstitucionalidade ao Plenário ou ao órgão especial. A norma será considerada inconstitucional se forem nesse sentido os votos da maioria absoluta dos seus integrantes. Em caso contrário, ela será tida por constitucional. Em qualquer dos casos, a decisão do incidente será vinculativa para o órgão fracionário, que deverá observá-la quando retomar o julgamento da causa.

A instalação do incidente e a sua apreciação constituem, portanto, condição de validade do julgamento da causa, a não ser que o próprio órgão fracionário rejeite, desde logo, a arguição de inconstitucionalidade.

(…) Considerando o elevado número de recursos sobre matéria idêntica, é legítima a invocação, no órgão fracionário, do julgamento já ocorrido no órgão superior em caso análogo para dispensar a reiteração do incidente. A prática foi considerada constitucional pelo STF (…).

Por outro lado, com fundamento no sentido teleológico da norma do art. 97 da CF, alguns tribunais passaram a considerar dispensável a instalação do incidente de inconstitucionalidade nas hipóteses em que já houvesse precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Prestigiavam-se, com isso, os princípios da segurança jurídica, da igualdade perante a lei, da economia processual, da racionalidade dos serviços judiciários e da autoridade do STF, guardião da Constituição. Em nome desses mesmos valores e princípios, também essa prática foi considerada perfeitamente legítima pela Corte Suprema. Não teria sentido submeter a questão constitucional ao Plenário do tribunal inferior se o próprio Supremo Tribunal já a decidiu. De duas uma: ou o Plenário abonaria a decisão do STF, e nesse caso o incidente seria mera formalidade, perfeitamente dispensável; ou votaria em sentido oposto, e nesse caso se estabeleceria uma situação de confronto que, desnecessariamente, obrigaria o vencido a recorrer ao Supremo, onde, fatalmente, o recurso seria provido. Parafrazeando o Ministro Ilmar Galvão, pode-se dizer que soaria como verdadeiro despropósito, notadamente nos tempos atuais, quando se verifica, de maneira inusitada, a repetição desmesurada de causas versantes da mesma questão jurídica, vinculadas à interpretação da mesma norma, que se exigisse,

em cada caso, que a parte vencida no Tribunal **a quo** ficasse submetida ao calvário do recurso extraordinário a fim de obter, junto ao Supremo, depois de um gasto inútil e irracional de tempo, de trabalho, de energia e de recursos, a reforma da decisão, levando as sessões da Corte a uma monótona e interminável repetição de julgados da mesma natureza.

Pois bem, atualmente, por força do parágrafo único do art. 481 do CPC, introduzido pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998, aquelas práticas, até então adotadas pelos tribunais por interpretação teleológica do art. 97 da CF, foram incorporadas ao direito positivo, que as tornou obrigatórias. Dispõe o citado parágrafo único: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao Plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”. A imperativa dispensa do pronunciamento do Plenário não significa, obviamente, que os órgãos fracionários terão a liberdade de julgar livremente a questão constitucional. Isso ofenderia o art. 97 da CF. O que ela significa é que, havendo pronunciamento do Plenário do STF pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade de um preceito normativo, os órgãos fracionários dos tribunais estarão vinculados, daí em diante, não mais à decisão da sua própria Corte, mas, sim, ao precedente da Corte Suprema. (**Zavascki, Teori Albino**. “Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 34/37).

2. No caso concreto, o Plenário do STF, no julgamento da ADIn n. 1.417/DF, Min. Octávio Gallotti, DJ de 23.03.2001, em que declarou a inconstitucionalidade do art. 18 da Lei n. 9.715/1998, resultado da conversão da MP n. 1.212/1995, afirmou também que “(...) a restrição constante do art. 154, I, combinado com o art. 195, § 4º, ambos da Constituição, só condiciona a criação das exações nela não previstas, o que não é o caso da destinada ao PIS/Pasep, expressamente autorizada no art. 239, e parágrafos, da própria Lei Fundamental” (voto do Ministro-Relator). O acórdão citado tem a seguinte ementa:

“Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público — PIS/Pasep. Medida Provisória. Superação, por sua conversão em lei, da contestação do preenchimento dos requisitos de urgência e relevância. Sendo a contribuição expressamente autorizada pelo art. 239 da Constituição, a ela não se opõem as restrições constantes dos artigos 154, I e 195, § 4º, da mesma Carta. Não compromete a autonomia do orçamento da seguridade social (CF, art. 165, § 5º, III) a atribuição, à Secretaria da Receita Federal de administração e fiscalização da contribuição em causa.

— Inconstitucionalidade apenas do efeito retroativo imprimido à vigência da contribuição pela parte final do art. 18 da Lei n. 8.715/1998”.

3. Tendo o Supremo assentado a desnecessidade de edição de lei complementar para dispor sobre a contribuição referida — entendimento contrário ao esposado pelo aresto recorrido, que considerou inconstitucional o aludido diploma legal, por ofensa ao princípio da hierarquia das leis —, é totalmente dispensável a determinação ao Tribunal **a quo** para que suscite o incidente de arguição de inconstitucionalidade, já que a questão foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo de fiscalização da constitucionalidade das leis. Caber-lhe-ia, simplesmente, submeter-se ao precedente da Corte Suprema. A solução adotada, porém, foi manifestamente ofensiva ao art. 481 e seu parágrafo do CPC, pois o órgão fracionário reconheceu a inconstitucionalidade, mesmo havendo precedente em sentido contrário do STF e, mais ainda, não submeteu a questão ao Plenário.

4. Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso especial, para anular o acórdão recorrido. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 502.519 — MA (2003/0028671-1)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrentes: Diomar Luís da Silva e cônjuge

Advogados: Aristides Junqueira Alvarenga e outros

Recorrida: União

Sustentação oral: Dra. Luciana Moura Alvarenga Simioni, pelos recorrentes

EMENTA

Administrativo. Desapropriação indireta. Decreto-Lei n. 3.365/1941. Justa indenização. Valor do imóvel à época da ocupação.

1. Na chamada desapropriação “indireta”, ao contrário do que ocorre no procedimento legal de desapropriação, em primeiro lugar há a ocupação do bem e sua afetação ao domínio público, e somente depois, por iniciativa do proprietário, é que se desencadeia o processo judicial e a avaliação.

2. Em casos tais, a regra do art. 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 não pode ser aplicada cega e impositivamente, sob pena de se compro-

meter o preceito constitucional da justa indenização. No interregno, geralmente longo, entre a data da ocupação do bem pelo Estado e a sua avaliação no âmbito da ação de desapropriação indireta, é possível que ocorram mudanças substantivas no bem, que podem levar ou à sua valorização ou, ao contrário, à sua depreciação.

3. Não será justo, em nome do art. 26, reconhecer ao proprietário o direito de ser indenizado pela valorização decorrente de ato estatal superveniente à perda da posse. É indispensável, sempre, levar em consideração o preceito constitucional que impõe o justo preço.

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

Publicado no DJ de 15.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Cuida-se de recurso especial interposto com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional em ação objetivando a condenação da União ao pagamento de indenização em razão de desapropriação indireta. Apreciando o recurso da demandada e a remessa oficial, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região anulou o processo a partir da perícia (fls. 207/214), para que outra avaliação fosse efetuada tendo por base o valor do imóvel expropriado à época do esbulho, e o fez com base nos seguintes fundamentos: (a) em se tratando de desapropriação indireta, importa ter presente o estado e a natureza do bem à época em que praticado o ato ilícito, mostrando-se despiciendo na hipótese estabelecer a indenização com base em perícia realizada muitos anos depois; (b) improcede o argumento de que “a fixação do valor do bem segundo a realidade do momento da avaliação seria um risco assumido pelo Poder Público” (fl. 209) por ter descumprido o mandamento constitucional da indenização prévia, especialmente em razão de que a autora colaborou para o retardo no desenvolvimento da instru-

ção processual e (c) revela-se desproporcional e injusta a quantia estipulada, tendo em conta que os fatores que sobrevalorizaram o imóvel expropriado inexistiam à época de sua ocupação pela União. Na fundamentação, consignou-se, ainda, (a) ser improcedente a alegação de que a União era a proprietária do imóvel à época da ocupação e (b) estar equivocada a sentença no tocante à fixação dos juros compensatórios, haja vista que a incerteza quanto à data do desapossamento implica a incidência dos referidos consectários desde a citação.

A demandante apresentou embargos de declaração (fls. 216/218), alegando que, ao anular todo o processo a partir da perícia, o acórdão terminou por invalidar a sentença, gerando contradição com a parte da decisão em que, mantendo-se a sentença, rechaçou-se a alegação de que a União era a proprietária do bem. Pleiteou, assim, a correção do aresto para que fosse dado parcial provimento à remessa oficial, explicitando-se na parte dispositiva se a sentença seria mantida no tocante à questão do domínio do imóvel. Apreciando o recurso (fls. 223/226) o Tribunal assinalou que a decisão embargada determinava a total anulação da sentença, nos termos do art. 248 do CPC, acrescentando que o posicionamento expresso no acórdão a respeito da controvérsia sobre a propriedade do bem, por constar apenas dos fundamentos da decisão, não recebe a qualidade de coisa julgada. Assim, rejeitando a alegada contradição, a Corte de origem improveu a irrisignação.

Nas razões do recurso especial (fls. 230/240), a recorrente alega que a decisão recorrida violou o art. 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, o qual dispõe expressamente que, na desapropriação, o valor da indenização será contemporâneo ao da avaliação. Frisa que não pode ser prejudicada pelo fato de não ter sido indenizada previamente, conforme determina a Constituição. Aduz a existência de divergência com a jurisprudência do STJ, pois “enquanto o (...) acórdão recorrido se posiciona no sentido de que o valor da indenização deve ser aferido levando-se em conta o estado do bem desapropriado no momento em que ocorreu o desapossamento, sem levar em consideração as benfeitorias ocorridas após o esbulho, as (...) decisões do Superior Tribunal de Justiça, em completa dissonância, afirmam que o valor do bem há de ser o do momento da avaliação, nesta devendo ser considerada a valorização do bem (...)” (fl. 239). De outro lado, afirma a existência de dissídio pretoriano quanto aos juros compensatórios, tendo o acórdão contrariado frontalmente o enunciado da Súmula n. 114 desta Corte (os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigidos monetariamente). Sustenta que a decisão se contradisse nesse ponto, pois, após reconhecer expressamente que o desapossamento ocorreu em 1976, disse ser impreciso o momento do referido acontecimento e, assim, determinou a incidência dos juros compensatórios desde a citação.

Nas contra-razões, propugna a recorrida pelo não-conhecimento do apelo, face à ausência de prequestionamento dos dispositivos supostamente violados (fls. 259/263).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Ao contrário do que sustenta a recorrida, a decisão atacada enfrentou expressamente a matéria disciplinada no dispositivo alegadamente violado (fls. 209 e ss), pelo que merece ser conhecido o recurso com base na alínea **a** do permissivo constitucional. Por outro lado, o dissídio pretoriano concernente ao valor da indenização também foi adequadamente demonstrado, permitindo a admissão da irresignação nesse ponto.

2. A questão dos juros compensatórios não merece análise, pois, tendo anulado o processo a partir da instrução, a decisão recorrida também anulou a sentença — conforme afirmado expressamente no julgamento dos embargos de declaração (fl. 224). Nesse contexto, não haveria sentido em dispor sobre a incidência de juros compensatórios quando essa matéria será objeto de novo julgamento no primeiro grau. Tanto é assim que a questão não foi mencionada na parte dispositiva do voto condutor do acórdão, que, conforme salientado, limitou-se a anular o processo a partir da perícia, para que outra fosse realizada.

3. O **caput** do art. 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 dispõe que, “no valor da indenização, que será contemporâneo da avaliação, não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado”. Tal dispositivo, mais que qualquer outro, deve ser interpretado sistematicamente, no contexto normativo em que está inserido. Trata-se, com efeito, de regra aposta no referido decreto-lei em 1956 (modificação operada pela Lei n. 2.786/1956), constante do procedimento geral da ação de desapropriação, e que supõe, como regra, que o pagamento da indenização seja *prévio*, antecedendo a imissão na posse e a afetação do bem ao domínio público. Faz sentido, nesse contexto, relacionar o valor a ser pago pela desapropriação, e a subsequente transferência do domínio ao Estado, com a data da avaliação judicial do bem, que se supõe sejam eventos ocorrentes em datas próximas uma da outra. Não é isso, porém, o que ocorre na chamada desapropriação indireta, em que o fenômeno fático é invertido no tempo: em primeiro lugar há a ocupação do bem e sua afetação ao domínio público, e somente depois, por iniciativa do proprietário, é que se desencadeia o processo judicial e a avaliação. Ora, em casos tais, a regra do art. 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 não pode ser aplicada cega e impositivamente, sob pena de se comprometer o preceito constitucional da justa indenização. Com efeito, no

interregno, geralmente longo, entre a data da ocupação do bem pelo Estado e a sua avaliação no âmbito da ação de desapropriação indireta, é possível e até normal que ocorram mudanças substantivas no bem, que podem levar ou à sua valorização ou, ao contrário, à sua depreciação. Nessa última hipótese, ninguém ousaria sustentar, invocando o citado art. 26, que ao proprietário cabe suportar o ônus pela eventual desvalorização do imóvel (por exemplo, o desgaste de prédio em virtude do tempo ou do uso) ocorrida depois do apossamento do imóvel pelo Estado e antes da sua avaliação judicial. Ora, o contrário também pode acarretar graves consequências. Não será justo, por exemplo, em nome do art. 26, reconhecer ao proprietário o direito de ser indenizado pela valorização decorrente de ato estatal superveniente à perda da posse (p. ex., urbanização e implantação de infra-estrutura de saneamento, água, energia elétrica anterior à data da avaliação).

Coaduna-se com essa linha de raciocínio a orientação contida na Súmula n. 114 do STJ, segundo a qual “os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente”. Não é por acaso que se elegeu o instante da ocupação do Poder Público como o marco a partir do qual o expropriado faz jus aos ditos consectários: trata-se do momento em que se vê coarctada a possibilidade de fruição econômica do bem, ensejando o pagamento de quantia que compense essa limitação. Pois a apuração da indenização pela perda da propriedade segue a mesma lógica, impondo-se dar ao desapossado valor equivalente ao do imóvel ao tempo em que dele não teve mais poder de disposição.

Em suma: o art. 26 da Lei de Desapropriação não pode ser aplicado indiscriminadamente, ainda mais quando se trata de “desapropriação indireta”, figura jurídica sequer cogitada pela referida lei. É indispensável, sempre, levar em consideração o preceito constitucional que impõe o justo preço. Foi o que ocorreu no caso dos autos (em que dezessete anos mediaram entre a apossamento do bem pelo Estado e a data da sua avaliação judicial), conforme se verifica do voto condutor do acórdão recorrido: “Em respeito ao mandamento constitucional de pagamento de justo preço, tenho que o julgador deve estar atento não só às possibilidades de pagamento de valor inferior, como também àquelas de pagamento de preço superior ao real desfalque sofrido pelo proprietário do bem esbulhado pelo Poder Público, sob pena de o Judiciário vir a ser partícipe de um processo de enriquecimento sem causa do proprietário. E não se diga que a fixação do valor do bem segundo a realidade do momento da avaliação seria um risco assumido pelo Poder Público, ante o descumprimento do mandamento constitucional de indenização prévia, como defendem alguns julgados. Data vênia, este é um raciocínio simplista e até leviano, mormente quando, como na hipótese em julgamento, houve mora das duas

partes. Com efeito, bem analisados os autos, fácil é verificar-se que a parte Autora, esbulhada em maio de 1976, somente ingressou em juízo em 1985, permanecendo inerte por nove anos, e, posteriormente, durante o curso da instrução processual, provocou sucessivos adiamentos da conclusão do feito, tanto que, intimada em novembro/1989 para manifestar-se sobre o documento produzido pela Ré (fl. 76), somente atendeu ao chamado judicial em junho/1990, após ameaçada de extinção do processo. Posteriormente, intimada do valor dos honorários profissionais fixados em favor do Perito, em fevereiro/1992 (fl. 104), ainda não os havia depositado em 14.09.1993 (fl. 110), contribuindo para a protelação da efetivação daquela prova. Por fim, impõe-se reconhecer que o patrimônio dos autores foi desfalcado, em 1976, de uma propriedade rural de 76 ha., onde, segundo suas próprias palavras (vide inicial fl. 04) eles plantaram capim e árvores frutíferas, enquanto o laudo pericial (fl. 119) para fixar o preço, considerou a área como adequada a residências unifamiliares e multifamiliares, restaurantes, bares, estabelecimentos de ensino etc., resultando na fixação de um valor indenizatório injusto, tanto que inexistente no território nacional propriedade rural de 76 ha. que, no ano presente de 2002, possa valer R\$ 1.124.800,00 (um milhão, cento e vinte e quatro mil e oitocentos reais). Se não existe em 2002, com muito mais razão não existia em 1995, disto resultando a total imprestabilidade do laudo de fl. 118/122, para sustentar uma justa indenização do desfalco patrimonial sofrido pela parte Autora” (fls. 209/210).

4. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 503.287 — PR (2003/0025130-3)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Lancaster Participações e Empreendimentos Turísticos Ltda

Advogados: Márcio Ari Vendruscolo e outros

Recorridos: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS e outro

Procuradores: Adilson Luiz Bohatzuk e outros

Recorrido: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra

Advogados: Luciana Job e outros

EMENTA

Tributário. Contribuição para o Incra. Empresa vinculada exclusivamente à previdência urbana. Inexigibilidade. Lei n. 8.212/1991. Juros

compensatórios. Inaplicabilidade. Juros moratórios (1%) a partir do trânsito em julgado da sentença. IGPM nos meses de junho, julho e agosto de 1994. Afastamento. Compensação. Viabilidade.

1. Não é de se cogitar mais o pagamento das contribuições relativas ao Incra das empresas vinculadas exclusivamente à Previdência Urbana em face da impossibilidade da superposição contributiva. Precedente: EREsp n. 173.380/DF, Primeira Seção, DJ de 05.03.2001, Rel. Min. José Delgado.

2. A contribuição para o Incra foi exigível até o advento da Lei n. 8.212/1991, motivo pelo qual, a partir de então, deve ser reconhecida como indevida a sua cobrança.

3. Os juros compensatórios não são devidos na repetição de indébito e na compensação de tributos. Precedentes.

4. Os juros de mora, conforme o entendimento dominante nesta colenda Corte, são devidos no percentual de 1% ao mês, tanto na repetição de indébito como na compensação, a partir do trânsito em julgado da sentença, de acordo com o estabelecido no artigo 167, do Código Tributário Nacional, ressalvando-se que devem ser empregados somente aos períodos anteriores à vigência da Lei n. 9.250/1995, ou seja, 1^a.01.1996, eis que inacumuláveis com a Selic.

5. Segundo o posicionamento deste Tribunal, a partir da vigência da Lei n. 8.383/1991 a correção monetária na repetição de indébito ou compensação deverá ser feita pela Ufir, não sendo aplicável o IGPM para a atualização dos créditos, tendo em vista que o referido indicador leva em conta outros fatores que não os destinados à medição dos reflexos da inflação do período.

6. Há de ser deferido o pedido de compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de contribuição ao Incra com outras contribuições arrecadadas pelo INSS que possuam o mesmo escopo: financiar a seguridade social.

7. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade de ser exercitada a compensação das importâncias impropriamente recolhidas e assegurar a aplicação de juros moratórios, a partir do trânsito em julgado da sentença, relativamente ao período anterior à vigência da Lei n. 9.250/1995.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro José Delgado, Relator

Publicado no DJ de 06.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial interposto por Lancaster Participações e Empreendimentos Turísticos Ltda (Fls. 487/515) com fulcro no artigo 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, objetivando a reforma de acórdão proferido pela egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 485):

“Tributário. Incra (0,2%), Lei n. 8.212/1991. Extinção. Repetição. Cabimento. Honorários.

1. A exigência de 0,2%, incidente sobre a folha de salários, foi recepcionada pela CF/1988 face ao princípio da continuidade da ordem jurídica (art. 59 do ADCT), como imposto residual, mas não sobreviveu face aos arts. 167 — IV da CF/1988 — era destinado ao Incra — e 240 da CF — que não o manteve, prevendo no art. 62 do ADCT o Senar em seu lugar —, vindo desaparecer a obrigação com a implantação do plano de custeio (Lei n. 8.212/1991).

2. Recolhimentos ao Incra, após 25.07.1991, são passíveis de repetição, atualizados pelo INPC/Ufir (até 12/1995), contados juros Selic a partir de 1ª.01.1996.

3. Juros compensatórios indevidos à míngua de previsão legal.

4. Honorários em dez por cento sobre o valor da condenação.

5. Apelação parcialmente provida”.

Tratam os autos de ação ordinária ajuizada pela empresa ora recorrente em face do INSS e Incra objetivando o reconhecimento da inexigibilidade da contribuição ao Incra e a possibilidade de efetuar a compensação dos valores já pagos com

qualquer outra contribuição devida à Seguridade Social ou a restituição dos mesmos corrigidos monetariamente e acrescidos de juros compensatórios até dezembro de 1995.

O r. juízo monocrático julgou improcedente o pedido.

Inconformada, apelou a autora, tendo o egrégio Tribunal **a quo** dado parcial provimento ao inconformismo para reconhecer a exigibilidade da exação somente até o advento da Lei n. 8.212/1991, devendo a devolução ser efetuada mediante precatório porquanto, desaparecendo do mundo jurídico tal contribuição, não mais abre ensejo à compensação. Ainda, determinou a correção mediante o INPC (até 12/1991), Ufir (01/1992 a 12/1995), contados juros de mora pela Selic a partir de 1^a.01.1996. Não reconheceu a incidência dos juros compensatórios nem a aplicação do IGPM nos meses de julho e agosto de 1994.

Neste momento, além de apontar a existência de dissídio jurisprudencial, a empresa alega violação dos seguintes preceitos legais:

— § 1^o do art. 72 do Decreto n. 612/1992 (“Na hipótese de recolhimento indevido, a contribuição será atualizada monetariamente, a contar da data do recolhimento até a data da efetiva restituição ou compensação, utilizando-se dos mesmos critérios aplicáveis à atualização de contribuições recolhidas em atraso, na forma da legislação de regência”);

— art. 36 da Lei n. 8.212/1991 (“Independentemente da multa variável do artigo anterior, são devidos, de pleno direito, em caráter irrelevável, pela falta de cumprimento do disposto no art. 30 desta lei, juros de mora de 1% (um por cento) ao mês ou fração, calculados sobre o valor do débito atualizado na forma prevista no artigo 34”);

— art. 161, § 1^o, do CTN (“O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. § 1^o Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês”).

Defende, em suma, a reforma parcial do aresto de segundo grau para reconhecer:

a) a supressão da exação destinada ao Incra pelo art. 3^o da Lei n. 7.787/1989, adequando o julgado ao entendimento pacificado da Primeira Seção deste STJ (EDcl no REsp n. 173.380/DF), declarando-se o direito à repetição das parcelas recolhidas indevidamente no período que sucedeu a edição da referida lei, impondo-se, conseqüentemente, a aplicação da correção monetária com os expurgos do IPC;

b) a autorização, por ocasião do cálculo dos valores da restituição/compensação das contribuições sociais recolhidas indevidamente, com incidência dos juros legais de 1% (um por cento) ao mês a contar da data de cada pagamento indevido e até a efetiva compensação ou restituição, pouco importando se como moratórios ou compensatórios, aplicando-se ao caso o art. 72 do Decreto n. 612/1992, os arts. 34 e 36 da Lei n. 8.212/1991 e 161 do CTN;

c) o direito à aplicação do IGPM nos meses de junho, julho e agosto de 1994, como o índice que efetivamente refletiu a inflação do período, ordenando a sua inclusão nos cálculos de liquidação;

d) a compensação da exação combatida com as demais contribuições previdenciárias.

Sem contra-razões.

Houve interposição de recursos especiais pelo INSS e Incra, porém, ambos tiveram seguimento indeferido pela instância ordinária.

Juízo de admissibilidade positivo somente ao recurso especial da autora (fls. 635/636).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Insurge-se a recorrente contra quatro pontos apreciados pelo Tribunal **a quo**:

1ª) o não-reconhecimento de que a supressão da exação destinada ao Incra deve ser contada da Lei n. 7.787/1989, mas sim, da Lei n. 8.212/1991;

2ª) incidência de juros legais de 1% (um por cento) ao mês a contar da data de cada pagamento indevido e até a efetiva compensação ou restituição, seja como moratórios ou compensatórios;

3ª) o direito à aplicação do IGPM nos meses de junho, julho e agosto de 1994;

4ª) a compensação da exação combatida com as demais contribuições previdenciárias.

Primeiramente, alega a recorrente que o v. aresto de segundo grau merece ser objeto de reforma ao reconhecer a inexigibilidade da contribuição para o Incra a partir de 24 de julho de 1991, e não a partir da edição da Lei n. 7.787/1989.

Em relação ao tema, o entendimento recente desta Corte de Justiça, que unificou o pensamento de ambas as Turmas de Direito Público por meio de sua Primeira Seção, é no sentido de não se exigir mais o pagamento das contribuições relativas

ao Funrural e ao Incra das empresas vinculadas exclusivamente à Previdência Urbana em face da impossibilidade da superposição contributiva.

Passo a registrar os fundamentos que desenvolvi nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 173.380/DF, julgado em 08.11.2000 e cujo acórdão foi publicado no DJ de 05.03.2001, onde fui seguido, de forma unânime, pelos eminentes pares da Primeira Seção desta Casa, assim me manifestando:

“Os embargos, conforme já demonstrado no relatório, merecem ser conhecidos para discussão.

A divergência entre os acórdãos confrontados está caracterizada.

O acórdão embargado assentou que o art. 3º da Lei n. 7.787, de 1989, extinguiu a contribuição instituída para o custeio do Prorural — Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em sua totalidade, inclusive o percentual de 0,2% para o Incra, sobre o valor da folha de pagamento da empresa, exação criada pelo parágrafo 4º do artigo 6º da Lei n. 2.613/1955.

O aresto paradigmático afirma o contrário. O referido percentual a ser pago pelas empresas, urbanas ou rurais, por nunca ter sido fonte de custeio do Prorural, não foi extinto pelo artigo 3º da Lei n. 7.787, de 1988.

Em face desse panorama divergente, examino o mérito dos embargos.

De início, cumpre historiar a evolução legislativa da referida contribuição.

A respeito, repito os registros de fls. 1.008/1.115, com os posicionamentos assumidos pela embargante:

‘A Lei n. 2.613/1955, estabeleceu no art. 6º, § 4º, conforme visto acima, a obrigatoriedade de todos os empregadores contribuírem com um adicional de 0,3% (três décimos por cento) além da contribuição devida aos antigos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões, incidente sobre o total dos salários pagos, sendo o valor da arrecadação destinado ao SSR.

‘O Serviço Social Rural foi incorporado à Superintendência de Política Agrária-Supra, então criada pela Lei Delegada n. 11, de 11 de outubro de 1962, que assim dispôs no seu art. 7º, a:

Art. 7º Constituem recursos da Supra:

a) o produto da arrecadação das contribuições criadas pela Lei n. 2.613, de 23 de setembro de 1955;’

Com a edição da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), foram criados o Ibra e o Inda e extinta a Supra, tendo esta lei determinado nos seus arts. 27, 28, inciso III, e 117, inciso I:

‘Art. 27. É criado o Fundo Nacional de Reforma Agrária, destinado a fornecer os meios necessários para o financiamento da Reforma Agrária e dos órgãos incumbidos da sua execução.

Art. 28. O Fundo Nacional de Reforma Agrária será constituído:
(...)

III - dos recursos destinados em lei à Superintendência de Política Agrária (Supra), ressalvado o disposto no art. 117;’

Art. 117. As atividades do Serviço Social Rural, incorporado ‘à Superintendência de Política Agrária pela Lei Delegada n. 11, de 11 de outubro de 1962, bem como o produto da arrecadação das contribuições criadas pela Lei n. 2.613, de 23 de setembro de 1955, serão transferidos de acordo com o disposto nos seguintes incisos:

I - ao Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário caberão as atribuições relativas à extensão rural e cinquenta por cento da arrecadação;

II - ao órgão do Serviço Social da Previdência que atenderá aos trabalhadores rurais caberão as demais atribuições e cinquenta por cento da arrecadação.

Enquanto não for criado esse órgão, suas atribuições e arrecadações serão de competência da autarquia referida no inciso I;’

Esse adicional à contribuição previdenciária devida por todos os empregadores, foi elevado para 0,4% (quatro décimos por cento), pela Lei n. 4.863, de 29 de novembro de 1965, quando esse diploma legal, ao estabelecer a taxa de contribuição previdenciária empresarial, determinou no art. 35, § 2º, item VIII, a parcela referente ao Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário — Innda, modificando, assim, a alíquota da contribuição anteriormente destinada ao SSR, conforme abaixo transcrito:

‘Art. 35. A partir da vigência da presente Lei as contribuições arrecadadas pelos Institutos de Aposentadoria e Pensões das empresas que lhe são vinculadas, e destinadas a outras entidades ou fundos, serão calculadas sobre a mesma base utilizada para o cálculo das contribuições de previdência, estarão sujeitas aos mesmos limites, prazos, condições e sanções e gozarão dos mesmos privilégios a elas atribuídos, inclusive no tocante à cobrança judicial, a cargo do respectivo instituto.

§ 2º As contribuições a que se refere este artigo integrarão, com as contribuições de previdência, uma taxa única, de 28% (vinte e oito por cento) incidente, mensalmente sobre o salário de contribuição definido na legislação social e assim distribuída:

Contribuições	Dos Segurados	Das Empresas
I - geral de previdência	8,0%	8,0%
II - 13º salário		1,2%
III - salário família		4,3%
IV - salário educação		1,4%
V - Legião Brasileira de Assistência		0,5%
VI - Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai) ou Comercial (Senac)		1,0%
VII - Serviço Social da Indústria (Sesi) ou do Comércio (Sesc)		2,0%
VIII - Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (Inda)		0,4%
IX - Banco Nacional da Habitação		1,2%
Total	8,0%	20,0%
	28	

§ 5º A referência ao Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (Inda), no item VIII, do § 2º não prejudica o disposto no item II do artigo 117 da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964.'

Pelo contido no Decreto-Lei n. 582, de 15 de maio de 1969, que estabeleceu medidas para acelerar a Reforma Agrária, ficou estabelecido que as contribuições criadas pela Lei n. 2.613/1955, com as modificações introduzidas pela Lei n. 4.863/1965, passaram a ser devidas ao Instituto Brasileiro de Reforma Agrária — Ibra, ao Inda e ao Funrural, ficando o adicional de 0,4% (quatro décimos por cento), assim distribuído 25% (vinte e cinco por cento) ao Ibra, 25% (vinte e cinco por cento) ao Inda e 50% (cinquenta por cento) ao Funrural, conforme art. 6º:

‘Art. 6º As contribuições criadas pela Lei n. 2.613, de 23 de setembro de 1955, com as modificações introduzidas pela Lei n. 4.863, de 29 de novembro de 1965, serão devidas ao Ibra, ao Funrural e ao Inda, nas seguintes proporções:

I - Ao Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (Ibra);

1) (...)

2) 25% (vinte e cinco por cento) da receita resultante da arrecadação, pelo INPS, da contribuição fixada na Lei n. 4.863, de 29 de novembro de 1965, em seu artigo 35, § 2º, item VIII;

II - ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (Funrural); 50% (cinquenta por cento) da receita resultante da arrecadação, pelo INPS, da contribuição fixada no artigo 35, § 2º, item VIII, da Lei n. 4.863, de 29 de novembro de 1965;

III - ao Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (Inda) caberão 25% (vinte e cinco por cento) da receita resultante da arrecadação, pelo INPS, da contribuição estipulada na Lei n. 4.863, de 29 de novembro de 1965, em seu art. 35, § 2º, item VIII'.

Por sua vez, o Decreto-Lei n. 58 de 21 de novembro de 1966 introduzindo esclarecimentos importantes para aplicação da Lei n. 5.097, de 02 de 1966, assim dispôs nos seus considerandos:

‘(...)

Considerando que o art. 6º da Lei n. 2.613, de 23 de setembro de 1955, compreende contribuições distintas, uma estabelecida no **caput**, e outra em seu § 4º, a primeira, devida por determinadas atividades industriais vinculadas ao meio rural, que a Lei objetivou exonerar, e a segunda, um adicional às contribuições de Previdência Social, a cargo de todas as atividades empregadoras.’

Com a criação do Incra, pelo Decreto-Lei n. 1.110, de 09 de julho de 1970, passaram para a nova Autarquia todos os direitos, competências, atribuições e responsabilidades do Ibra, do Inda e do Grupo Executivo de Reforma Agrária — Gera, conforme disposto no seu art. 2º:

‘Art. 2º Passam ao Incra todos os direitos, competência, atribuições e responsabilidades do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (Ibra), do Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (Inda) e do Grupo Executivo da Reforma Agrária (Gera), que ficam extintos a partir da posse do Presidente do novo Instituto.’

Posteriormente, os dispositivos sobre as contribuições criadas pela Lei n. 2.613/1955, viriam a ser consolidados pelo Decreto-Lei n. 1.146, de 31 de dezembro de 1970, o qual manteve, conforme disposto no seu art. 3º, o adicional de 0,4% (quatro décimos por cento) à contribuição previdenciária das empresas em geral, ratificando que as contribuições criadas pela Lei n. 2.613/1955 são devidas de acordo com o citado Decreto-Lei n. 582/1969 e com o artigo 2º do Decreto-Lei n. 1.110/1970,

cabendo ao Incra os 50% (cinquenta por cento) daquela receita ou seja 0,2% (dois décimos por cento), anteriormente destinados ao Ibra e ao Inda, sendo os outros 0,2% (dois décimos por cento) destinados ao Funrural:

‘Art. 3º É mantido o adicional de 0,4% (quatro décimos por cento) à contribuição previdenciária das empresas instituído no § 4º do art. 6º da Lei n. 2.613, de 23 de setembro de 1955, com a modificação do artigo 35, § 2º, item VIII, da Lei n. 4.863, de 29 de novembro de 1995.’

Também estabeleceu no seu art. 4º:

‘Cabe ao Instituto Nacional de Previdência Social — INPS arrecadar as contribuições previdenciárias das empresas, instituído no § 4º do artigo 6º da Lei n. 2.613, de 23 de setembro de 1955, com a modificação do artigo 35, § 2º, item VIII, da Lei n. 4.863, de 29 de novembro de 1965.’

Finalmente, a Lei Complementar n. 11, de 25 de maio de 1971, ao instituir a contribuição para o custeio do Programa de Assistência do Trabalhador Rural — Prorural, estabeleceu no seu art. 15, inciso II:

‘Art. 15. Os recursos para o custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, provirão das seguintes fontes:

I - (...)

II - da contribuição de que trata o artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.146, de 31 de dezembro de 1970, a qual fica elevada para 2,6% (dois inteiros e seis décimos por cento), cabendo 2,4% (dois inteiros e quatro décimos por cento) ao Funrural.’

Verifica-se portanto, que a referida Lei Complementar n. 11/1971, não alterou a base de cálculo das contribuições devidas, pelas empresas em geral, ao Incra e ao Funrural. Apenas elevou a alíquota para o Funrural, que passou de 0,2% (dois décimos por cento) para 2,4% (dois inteiros e quatro décimos por cento), continuando os 0,2% (dois décimos por cento) devidos ao Incra, inclusive, como sempre foi, pelas empresas vinculadas ao sistema geral de Previdência Social, regulado pela Lei n. 3.807, de 22 de agosto de 1960. Essas disposições foram incorporadas no art. 76 do RCPS, aprovado pelo Decreto n. 83.081/1979.

A Lei n. 7.787, de 30 de junho de 1989, assim dispôs no seu art. 3º, Inciso I e § 1º:

“Art. 3º A contribuição das empresas em geral e das entidades ou órgãos a ela equiparados, destinada à Previdência Social, incidente sobre a folha de salários, será:

I - de 20% (vinte por cento) sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores;

(...)

§ 1º A alíquota de que trata o inciso I abrange as contribuições para o salário-família, para o salário-maternidade, para o abono anual e para o Prorural, que ficam suprimidas a partir de 1º de setembro de 1989, assim como a contribuição básica para a Previdência Social.’

Verifica-se portanto que não houve supressão ou extinção da obrigação de recolhimento do adicional de 0,2% (dois décimos por cento) ao Incra, restando demonstrado pela legislação acima indicada que o adicional de 0,2% (dois décimos por cento), que continua sendo devido ao Incra conforme instituído desde a Lei n. 2.613/1955, por todas as empresas em geral. Vez que, continua sendo adicional à contribuição previdenciária atualmente unificada pela Lei n. 7.787/1989.

A partir da Emenda Constitucional n. 08/1977, passou a ter a natureza jurídica de contribuição social, e como sempre foi, devida a outra entidade, não sendo via de consequência, contribuição previdenciária específica, pois trata-se de contribuição resultante de uma imposição estatal, com o devido respaldo legal.

Inexistindo diploma legal que a tenha suprimido expressamente, não se pode interpretar a unificação de alíquotas da Lei n. 7.787/1989, como supressão daquela. É certo que a referida contribuição sofreu alterações desde a sua instituição em 1955, mas, conforme demonstrado, o argumento de que teria sido revogada é totalmente improcedente’.

A jurisprudência, examinando a controvérsia, tem entendido por uma corrente, que a referida contribuição tem sobrevivência em nosso ordenamento jurídico-tributário.

Nessa linha de pensar:

a) TRF 1ª Região (fls. 1.115/1.117):

‘Tributário. Contribuição previdenciária e imposto. Empregador urbano. Gravame destinado ao Funrural e ao Incra. Instituição. Possibilidade.

A contribuição ou imposto de que trata o art. 15, II, da Lei Complementar n. 11, de 1971, destina parte ao Funrural e parte ao Incra, pode ser exigido de empregador urbano, como ocorre desde a sua origem, quando foi instituído pela Lei n. 2.613, de 1955, em benefício do então criado Serviço Social Rural.

Ausência de inconstitucionalidade a declarar, em decorrência da competência residual da União para instituir impostos novos, ou contribuição para atender à sua parte no custeio dos encargos da Previdência Social, conforme previsões do art. 18, § 5º, e do art. 21, § 2º, inciso I, da Constituição de 1967 com as Emendas n. 1, de 1969, e n. 8, de 1977. (Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação provida).

Apelação Cível n. 94.01.22324-6/MG

Relator: O Sr. Juiz Tourinho Neto

Apelantes: Malhas Keeper Ltda e outro

Advogados: Drs. Francisco Xavier Amaral e outro

Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procurador: Dr. Henrique Bussoni Tassari

EMENTA

Previdenciário. Contribuição para custeio da previdência rural. Adicional exigido do empregador vinculado à previdência urbana. Lei n. 2.613, de 23.09.1955, art. 6º, § 4º (revogado mas ressalvado o seu efeito). Decreto-Lei n. 1.146, de 31.12.1970, arts. 1º, inciso I, 2, e II, e 3º, Lei Complementar n. 11, de 25.05.1971, art. 15, inciso II. Natureza estrutural da contribuição previdenciária devida pelo empregador.

1. Tendo a contribuição previdenciária devida pelo empregador natureza de imposto, não há por que vincular-se essa exigência à relação empregatícia, sob o argumento de que inexistente uma contraprestação de benefícios e de serviços aos empregados da empresa contribuinte.

2. A contribuição paga pelo empregador é para manter a Previdência Social, em caráter geral, ainda que o mesmo não aufera qualquer proveito, vantagem ou benefício específico, não importando, pois, que não provoque qualquer atividade previdenciária com exercício de uma atividade rural dando lugar à figura do empregador rural.

3. Precedentes desta Turma (AC ns. 91.0104480-0/DF, 91.01.03151-1/DF, 92.01.18374-7/DF e 93.0106590-8/DF).

b) TRF 3ª Região (fl. 1.117):

‘Apelação Cível n. 93.03.087275-4/SP

Relatora: A Sra. Juíza Marli Ferreira

Apelante: Goldex Frigor S/A

Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Advogados: José Eduardo Pinto Ferraz e Ana Cândida Queiroz de Camargo

EMENTA

‘Direito Tributário e Processual Civil. Contribuição Previdenciária. Recolhimento efetuado por empregados urbanos, na forma de adicional de contribuição previdenciária, exigidas à alíquota de 2,4% (dois vírgula quatro por cento) ao Funrural e 0,2% (zero vírgula dois por cento) ao Incra, para custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural e Implementação da Reforma Agrária. Aplicação do que dispõe o Decreto-Lei n. 1.145/1970 e a Lei Complementar n. 11/1971.

1. Pelo fato de a Constituição da República ter recepcionado o Decreto-Lei n. 1.146/1970 e a Lei Complementar n. 11/1971, é exigível o recolhimento das contribuições previdenciárias, exigidas à alíquota de 2,4% ao Funrural e 0,2% ao Incra, para custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador e Implementação da Reforma Agrária.

2. Recurso a que se nega provimento’. (Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região).

c) TRF 1ª Região (fls. 1.118/1.120):

‘Apelação em Mandado de Segurança n. 93.03.030214-6/SP/35.699

Relator: O Sr. Juiz Theotônio Costa

Apelante: Ford do Brasil S/A

Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Advogados: Ruben Tolado Damiano e Hisako Yoshido

EMENTA

‘Previdenciário. Contribuição ao Funrural. Natureza jurídica. Constitucionalidade.

I - A partir da Emenda n. 08/1977 a Constituição Federal de 1967/1969, a contribuição ao Funrural passou a ter a natureza jurídica de contribuição social. Como tal, destina-se ao financiamento de atividades que não são próprias do Estado mas que, pelas suas fundas repercussões sociais, a ele interessa incentivar e desenvolver, em benefício da coletividade como um todo, decorrendo a obrigação do sujeito passivo, na espécie, exclusivamente do mandamento legal que lhe impõe este dever, no caso a Lei n. 2.613/1955, com suas alterações posteriores.

II - Entendimento que se mantém após a promulgação da Carta Magna atual, à inteligência do seu art. 195, I.

III - Constitucionalidade da cobrança da parcela de 2,6%, incluída na contribuição previdenciária, e destinada ao custeio de previdência rural da apelante, empresa urbana, reconhecida.

IV - Apelação a que se nega provimento. (Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região)'.
'Apelação Cível n. 96.01.15612-7/DF

Relator: O Sr. Juiz Tourinho Neto

Apelante: Thoson Componentes do Brasil S/A

Advogados: Dra. Heloísa de Magalhães Novaes e outros

Apelado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra

Procuradora: Dra. Célia Maria Elizabete Santos

Apelada: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procurador: Dr. José Cardoso Lopes

Apelada: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Nilton Célio Locatelli

EMENTA

Previdenciário. Contribuição para custeio da previdência rural. Adicional exigido do empregador vinculado à previdência urbana. Lei n. 2.613, de 23.09.1955, art. 6º, § 4º (revogado mas ressalvado o seu efeito). Dec.-Lei n. 1.146, de 31.12.1970, arts. 1º, inciso I, 2, e II, e 3º Lei Complementar n. 11, de 25.05.1971, art. 15, inciso II. Natureza estrutural da contribuição previdenciária devida pelo empregador.

1. Tendo a contribuição previdenciária devida pelo empregador natureza de imposto, não há por que vincular-se essa exigência à relação

empregatícia, sob o argumento de que inexistente uma contraprestação de benefícios e de serviços aos empregados da empresa contribuinte.

2. A contribuição paga pelo empregador é para manter a Previdência Social, em caráter geral, ainda que o mesmo não aufera qualquer proveito, vantagem ou benefício específico, não importando, pois, que não provoque qualquer atividade previdenciária com exercício de uma atividade rural dando lugar à figura do empregador rural.

3. Precedentes desta Turma (AC n. 91.0104480-0/DF, AC n. 91.01.03151-1/DF, AC n. 92.01.18374-7/DF e AC n. 93.0106590-8/DF)

(Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação.

Brasília-DF, 15 de maio de 1996 (data do julgamento).

Uma outra corrente, com destaque para o acórdão paradigmático da lavra do eminente Ministro Garcia Vieira, embora com outro fundamento, assevera no sentido, também, da sobrevivência das referidas contribuições, confira-se:

‘Funrural — Empresas urbanas — Prorural — Fonte de custeio — Contribuição para o Incra.

Todas as empresas, urbanas ou rurais, estão obrigadas a recolher anualmente as contribuições de 2,4% para o INSS e 0,2% para o Incra, sobre o valor de sua folha de pagamento.

Somente a contribuição de 2,4% foi destinada ao Funrural e é fonte de custeio do Prorural. A contribuição de 0,2% do Incra nunca foi fonte de custeio do Prorural, e o artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei n. 7.787/1989 não a suprimiu.

Recurso da empresa não conhecido.

Recurso do INSS provido’.

(REsp n. 173.588/DF, Relator Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma do STJ, j. 20.08.1998, DJ de 21.09.1998.)

Em face da divergência acentuada, posiciono-me.

Com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, firmo compreensão de que a referida exação não tem condições jurídicas de ser exigida das empresas e, especificamente, da embargada.

Estou convencido das razões de **Geraldo Ataliba** ao tratar do assunto (RDT, vol. 54, pp. 189/190):

IV - A disciplina jurídica do adicional ao Funrural

23. O adicional combatido resulta da conjugação das seguintes disposições legais: I) Lei n. 2.613/1955, que criou o adicional em questão; II) Dec.-Lei n. 1.146/1955, que o manteve; III) Lei n. 4.863/1965, que alterou a alíquota desse adicional para 0,4%; IV) Dec.-Lei n. 582/1969, que destinou metade (0,2%) desse adicional ao Instituto Brasileiro de Reforma Agrária — Ibra e ao Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário — Inda; V) Dec.-Lei n. 1.110/1970, que criou o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra em substituição ao Ibra e Inda, transferindo ao Incra as receitas (0,2%) dos órgãos extintos; VI) Lei Complementar n. 11/1971 com a redação dada pela Lei Complementar n. 16/1973, que fixou o adicional em 2,6% calculado sobre a contribuição previdenciária das empresas urbanas, destinando ao Funrural (2,4%) e ao Incra (0,2%).

24. Recentemente, a Lei n. 7.787, de 30.06.1989, eliminou, a partir de 1989, a contribuição ao Funrural (2,4% do adicional em questão) mantendo somente a cobrança da parcela do adicional (0,2%) destinada ao Incra.

25. Em resumo, dentro do lapso prescricional, as consulentes foram indevidamente compelidas a recolher o adicional de 2,6% sobre o montante total de suas contribuições previdenciárias, adicional esse destinado em parte ao Funrural (2,4%) e em parte ao Incra (0,2%). A partir de setembro/1989, foi eliminada a destinação parcial de 2,4% ao Funrural, mantendo-se a relativa ao recolhimento do adicional ao Incra, no percentual de 0,2%.

26. O Incra não desempenha nenhuma atividade relacionada com as consulentes ou com as atividades por elas desenvolvidas, razão pela qual fica claro que o adicional remanescente a ele destinado não guarda qualquer relação lógica, quantitativa ou de causa, enfim, de espécie nenhuma, com as consulentes, sendo-lhes, portanto, inexigível. Cumpre acrescentar, por outro lado — o que demonstra o gritante absurdo da situação — que o Incra também não exerce absolutamente nenhuma atividade previdenciária. Esta circunstância torna constitucionalmente impossível a exigibilidade desse adicional.

27. Têm, em conseqüência, as consulentes direito a repetir o indevidamente recolhido. E podem resistir à cobrança, doravante, do tributo aqui estudado’.

Certa, também, a doutrinação exposta às fls. 1.134/1.156:

‘O Instituto Nacional do Seguro Social (antigo Iapas) trata a ‘contribuição ao Funrural’ como contribuição social, destinada à assistência social do trabalhador rural.

Admitindo-se, apenas para argumentar, ter a exação recolhida ao Funrural a natureza jurídica de contribuição social, ainda assim a sua instituição ocorreu inconstitucionalmente. Vejamos:

O Fundo de Assistência e Previdência ao Trabalhador Rural — Funrural, foi criado pelo Decreto-Lei n. 276, nos seguintes termos:

‘Art. 1^º Os artigos 158 e 160 da Lei n. 4.214, de 2 de março de 1963, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 158. Fica criado o Fundo de Assistência e Previdência ao Trabalhador Rural (Funrural), destinado ao custeio da prestação de assistência médico-social ao trabalhador rural e seus dependentes, e que será constituído:

I - da contribuição de 1% (um por cento), devida pelo produtor sobre o valor comercial dos produtos rurais, e recolhida:

a) pelo adquirente ou consignatário, que fica sub-rogado, para esse fim, em todas as obrigações do produtor;

b) diretamente pelo produtor, quando ele próprio industrializar os produtos;

II - da contribuição a que se refere o artigo 117, item II, da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964.

III - dos juros de mora a que se refere o § 3^º;

IV - das multas aplicadas pela falta de recolhimento das contribuições devidas, no prazo previsto no § 3^º, na forma que o regulamento dispuser’.

Lei n. 4.504/1964.

Art. 117. As atividades do Serviço Social Rural, incorporado à Superintendência de Política Agrária pela Lei Delegada n. 11, de 11 de outubro de 1962, bem como o produto da arrecadação das contribuições criadas pela Lei n. 2.613, de 23 de setembro de 1955, serão transferidas, de acordo com o disposto nos seguintes incisos:

I - ao Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário caberão as atribuições relativas à extensão rural e cinquenta por cento da arrecadação;

II - ao órgão do Serviço Social da Previdência que atenderá aos trabalhos rurais, — vetado..., caberão as demais atribuições e cinquenta por cento da arrecadação. Enquanto não for criado esse órgão, suas atribuições e arrecadações serão de competência da autarquia referida no inciso I'.

O art. 35 da Lei n. 4.863/1965 determinou que as contribuições arrecadadas pelos IAPS das empresas que lhe eram vinculadas e destinadas a outras entidades ou fundos, seriam calculadas sobre a mesma base utilizada para o cálculo das contribuições de previdência; o parágrafo 2º estipulou que tais contribuições integrariam com as contribuições de previdência, uma taxa única de 28% (vinte e oito por cento), cabendo ao:

‘VIII - Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (Inda) — 0,4% (quatro décimos por cento)’.

O parágrafo 5º do art. 35 da Lei n. 4.863/1965 dispôs:

‘Parágrafo 5º A referência ao Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (Inda), no item VIII do parágrafo 2º não prejudica o disposto no item II do artigo 117 da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964’.

Pelas transcrições acima, verifica-se que:

1) o Decreto-Lei n. 276/1967 criou o Funrural como um fundo e não como exação, e instituiu o seu custeio, definiu como contribuintes: a) o produtor rural e o adquirente de seus produtos e b) o próprio produtor, quando ele industrializasse os seus produtos.

2) o custeio seria feito também com a contribuição a que se referia o art. 117, item II, da Lei n. 4.504/1964, que não se confundia com a contribuição ao Inda, de 0,4%, originária da contribuição de 0,3% do parágrafo 4º do art. 6º da Lei n. 2.613/1955, acrescida de mais 0,1%.

Os empregadores urbanos, portanto, não eram originariamente contribuintes do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural — Funrural, pois contribuintes eram os produtores rurais e os adquirentes de seus produtos.

A contribuição ao Inda, a que estariam sujeitos os empregadores urbanos, era exigida independentemente, nos termos do inciso VIII do § 2º do art. 35 da Lei n. 4.863/1965.

Decreto-Lei n. 582, de 15 de maio de 1969. Surge a Contribuição Social ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural — Funrural

O Decreto-Lei n. 582/1969 dispôs:

‘Art. 6º As contribuições criadas pela Lei n. 2.613, de 23 de setembro de 1955, com as modificações introduzidas pela Lei n. 4.863, de 29 de novembro de 1965, serão devidas ao Ibra, ao Funrural e ao Inda nas seguintes proporções:

I - Ao Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (Ibra):

1) as contribuições a que se refere a Lei n. 2.613, de 23 de setembro de 1955, no **caput** de seus artigos 6º e 7º, cuja arrecadação será feita pelo próprio Ibra;

2) 25% (vinte e cinco por cento) da receita resultante da arrecadação, pelo INPS, da contribuição fixada na Lei n. 4.863, de 29 de novembro de 1965, em seu artigo 35, § 2º, item VIII;

II - ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (Funrural): 50% (cinquenta por cento) da receita resultante da arrecadação, pelo INPS, da contribuição fixada no artigo 35, § 2º, item VIII, da Lei n. 4.863, de 29 de novembro de 1965;

III - ao Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (Inda) caberão 25% (vinte e cinco por cento) da receita resultante da arrecadação, pelo INPS, da contribuição estipulada na Lei n. 4.863, de 29 de novembro de 1965, em seu artigo 35, § 2º, item VIII’.

A antiga ‘contribuição ao Inda’ de 0,4% passou a ser:

a) contribuição ao Ibra: 0,1%;

b) contribuição ao Funrural: 0,2% e

c) contribuição ao Inda: 0,1%.

As parcelas de 25% destinadas ao Ibra, 50% destinada ao Funrural e 25% destinada ao Inda, perfaziam o 0,4% a que se referia o item VIII, do § 2º do art. 35 da Lei n. 4.863/1965.

Até o advento do DL n. 582/1969, esse 0,4% sobre a folha de pagamento mensal era exigido do empregador urbano, integralmente, a título de impos-

to, segundo a definição do art. 16 do Código Tributário Nacional e recolhido ao Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário — Inda.

A nova contribuição ao Funrural criada pelo Decreto-Lei n. 582/1969 teve as seguintes características:

- a) contribuição social ao Funrural;
- b) fato gerador: ser empregador urbano;
- c) contribuinte: o empregador urbano;
- d) base de cálculo: montante da folha de pagamento mensal;
- e) fator temporal: mensal;
- f) alíquota: 0,2%.

O Decreto-Lei n. 582/1969 criou nova contribuição social, pela transformação de parcela do imposto destinado ao Inda em contribuição social, e a destinou ao Funrural, *erigindo o empregador urbano à condição de novo contribuinte do Funrural*.

Ora, dispunha o art. 58, da Constituição Federal de 1967:

‘Art. 58. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis com força de lei sobre as seguintes matérias:

I - (...)

II - finanças públicas’.

Assim, não encerrando as contribuições sociais ‘matéria de finanças públicas’, não podiam ser criadas, aumentadas ou modificadas por decretos-leis, posição que viria a ser confirmada com as Emendas Constitucionais ns. 1/1969 e 8/1977, que dispôs expressamente que tais exações teriam de ser veiculadas por leis ordinárias, conforme art. 43, inciso X, **verbis**:

‘Art. 43. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre as matérias de competência da União, especialmente:

X - contribuições sociais para custear os encargos previstos nos artigos 165, itens II, V, XIII, XVI e XIX, 166, parágrafo 1º, 175, parágrafo 4º, e 178’.

Ao examinar a constitucionalidade dos Decretos-Leis ns. 2.445 e 2.449, que cuidavam do aumento de alíquota do PIS — Programa de Integração do

Trabalhador, o Plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela inconstitucionalidade dos decretos-leis impugnados, nos termos:

‘Recurso Extraordinário n. 148.754-2/SP

Relator: Ministro Carlos Veloso

Relator para o acórdão: Ministro Francisco Rezek

Rectes: Itaparica Empreendimentos e Participações S/A e outros

Recda.: União Federal

‘(...)

‘(...)

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, para declarar a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis ns. 2.445, de 29.06.1988, e 2.449, de 21.07.1988, vencidos os Ministros Relator e Ilmar Galvão, que não conheciam do recurso. Votou o Presidente. Relator para o acórdão o Ministro Francisco Rezek. Plenário, 24.06.1993.

Brasília, 25 de junho de 1993.

Luiz Tomimatsu

Secretário’. (DJ de 30.06.1993 — p. 13.046).

O eminente Ministro Francisco Rezek, designado Relator para o acórdão, assim manifestou o seu entendimento:

‘Voto — Voto vista.

‘O Sr. Ministro Francisco Rezek — ...

O que está em causa é a questão da sanidade, frente à Constituição vigente na época, de dois decretos-leis (2.445, de 29 de junho de 1988, e 2.449, de 21 de julho seguinte). Se considerados como constitucionais — e nessa linha é o voto do Ministro-Relator — não há bom direito em prol do recurso extraordinário aqui deduzido por uma empresa, figurando como parte adversa a União Federal. Se, pelo contrário, considerados inconstitucionais, o recurso extraordinário é de ser provido.

Evitarei a recapitulação analítica dos argumentos da empresa recorrente, porque o primeiro, o de que o PIS, não tendo natureza tributária, não se compreendendo no âmbito das finanças públicas, não poderia ter sido alterado por decreto-lei — a mim me basta para o deslinde da espécie. Parto, pois, da premissa de que a natureza tributária não reves-

tia, ao tempo considerado, essa contribuição. Fiel, assim, à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o meu voto — dissidente daquele do Ministro-Relator — para neste ponto. A empresa recorrente tem argumentos subsidiários. Afirma, por exemplo, que ainda que o Tribunal, abandonadas as suas primeiras conclusões, posto que unânimes, sobre a natureza do PIS, o entendesse tributo, ainda assim os decretos-leis em exame padecem de inconstitucionalidade por motivo atinente à cronologia legislativa.

Meu voto não examina os argumentos subsidiários porque se contenta com o primeiro argumento da empresa recorrente. A propósito quero recordar algo que, na trilha daquilo que se decidiu em recurso extraordinário da Bahia, sobre essas contribuições em geral, de que foi Relator o Ministro Moreira Alves, pude enfatizar num caso, que veio à mesa tempos mais tarde, e que dizia respeito especificamente ao PIS. Disse eu na ocasião o seguinte:

‘Diversos autores, invocados pelo recorrente seja nos autos, seja no acervo memorial, não hesitam em afirmar que a Emenda n. 8 pretendeu, ‘manifestamente retirar o caráter tributário daquelas contribuições sociais’ — no que, aliás, apenas enfatizam quanto transparece, à evidência, do histórico da emenda. Não obstante, parece-lhes que esse intento malogrou, e as razões desta última tese não estão muito claras. O poder constituinte derivado não conhece limites materiais outros que a absoluta salvaguarda originária da forma federativa do Estado e do regime republicano. Se por qualquer motivo quis o constituinte dar enfoque distinto às contribuições sociais, não parece próprio que se pretenda desautorizá-lo em nome de concepções doutrinárias. Ninguém, aliás, vislumbra absurdo algum em que mesmo o legislador ordinário, desde que sem afronta à lei maior, equipare, vez por outra, coisas distintas, ou semelhantes, em nome da conveniência legislativa. Pouco importa, por exemplo, que o servidor de uma sociedade de economia mista não seja, na realidade objetiva, um funcionário público, se assim o quer tratar, no domínio de sua produção normativa, o legislador penal. Da mesma forma, a partir do momento em que o Código do Ar qualifica, para seu os efeitos, como território brasileiro a aeronave de nossa força aérea, onde quer que se encontre, de nada será útil recitarem-se torrentes de doutrina para demonstrar que esse avião, pousado no aeroporto de Genebra, estará desenganadamen-

te posto em território suíço, ou para demonstrar que o espaço aéreo sobrejacente ao Oceano Índico é de todos estranho à dimensão física dessa soberania.

Da argumentação recursal, no que insiste em que a Emenda n. 8 não conseguiu elidir a natureza tributária das contribuições sociais, embora tenha sido feita para atender, entre outros, a este expresso desígnio, recolhe-se a impressão de que o recorrente está a alvitrar um novo e supereminente degrau na escala hierárquica do ordenamento jurídico, e, pois, no sistema de controles. Assim como se derrubam atos administrativos e regulamentos por vício de ilegalidade, assim como se anulam leis por vício de inconstitucionalidade, assim também se passaria agora ao expurgo de normas inscritas na própria Constituição, desde que contaminadas de 'heresia' em relação a valores doutrinários.

Essa idéia, sem embargo de sua inspiração honesta, ofende a correta noção da ordem jurídica. Como quer que seja, é inexato supor que a Emenda n. 8 tenha ferido, generalizadamente, os brios da doutrina. Não será demais lembrar que aquele que pontificou dentre os mestres, por ter encarnado, mais que o jurisperito, o estadista e o pensador inigualável, **Aliomar Baleeiro**, comentou, nas derradeiras edições de seu 'Direito Tributário', o artigo 217 do CTN, sem uma única sílaba que o reputasse conflitante com a regra constitucional de exclusividade do imposto único; não obstante o fato de que, anterior à Emenda n. 8, esse comentário qualificou como tributos as contribuições parafiscais ('Direito Tributário Brasileiro'; Rio, Forense, 6ª ed., 1974, pp. 568/571). No caso específico do Programa de Integração Social, têm particular poder de convencimento as razões da Caixa Econômica, no que lembram que tais dinheiros não se recolhem ao tesouro público. Pelo contrário, mesclam-se, nos cofres daquela instituição autárquica, a dinheiros desembolsados pela própria União, para fluírem afinal, em espécie, sobre o patrimônio dos trabalhadores. Será sugestivo lembrar que, na definição de **Baleeiro** a receita pública — de que os tributos são espécie — 'é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo'. ('Uma introdução à ciência das finanças'; Rio, Forense, 7ª ed. — 1971, p. 130). Parece que os críticos da concepção extratributária

do PIS abstraíram por completo esse importante elemento conceitual, fazendo repousar sua idéia do PIS — tributo unicamente no aspecto compulsivo da arrecadação.’ (TRJ 120, pp. 1.192/1.193).

Foi esse, então, o juízo que a propósito prevaleceu no Supremo Tribunal Federal desde aquela época. O fato de o Estado tomar das pessoas determinada soma em dinheiro, e de o fazer compulsivamente, por força de lei, não é bastante para conferir natureza tributária a tal fenômeno.

Para que algo seja tributo, é preciso que seja antes receita pública.

Não se pode integrar a espécie quando não se integra o gênero. Dinheiros recolhidos não para ter ingresso no tesouro público, mas para, nos cofres de uma instituição autônoma, se mesclarem com dinheiros vindos do Erário e resultarem afinal na formação do patrimônio do trabalhador: nisso o Supremo não viu natureza tributária, como, de resto, não viu natureza de finanças públicas. Não estamos aqui diante de receita.

De tal sorte que a Emenda Constitucional n. 8 de 1977 até a nova Carta da República o que se tem, no PIS, é uma contribuição social de natureza não tributária. Vai aí uma tese que o eminente Relator, com poderosos argumentos, refuta, mas que eu prefiro preservar, fiel ao que a Casa disse no passado.

Neste contexto, defrontamo-nos com o art. 55, inciso II da velha Carta. Essa é a norma constitucional que está em jogo:

O Presidente da República, em caso de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesas, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

‘II - Finanças públicas, inclusive normas tributárias’;

Parece-me que tem razão a empresa recorrente. Os dois decretos-leis, discutidos na espécie, foram editados numa hipótese em que não estava o Presidente da República autorizado à utilização desse instrumento normativo. Em tais circunstâncias, e pedindo vênua ao Ministro-Relator, voto no sentido de dar provimento ao recurso extraordinário, para restabelecer a autoridade da sentença de primeiro grau.

Ministro Francisco Rezek’.

Pelas mesmas razões assumidas pelo Plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal, no sentido da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis ns. 2.445/1988 e 2.449/1988, que alteravam as alíquotas da contribuição ao Programa de Integração do Trabalhador — PIS por ter a alteração sido feita por decreto-lei e não por lei ordinária, posto que contribuição social não integra as finanças públicas, *não pode prevalecer a contribuição social do empregador urbano ao Funrural, posto que também foi criada por decreto-lei (DL n. 582/1969) e não por lei ordinária, em desacordo com o art. 58 da Constituição Federal de 1967 e art. 55, da Emenda Constitucional n. 1/1969 e art. 43 e seu inciso X, da CF/1967 — EC n. 1/1969 c.c. EC n. 8/1977.*

Após a criação da contribuição previdenciária ao Funrural, pela transformação de parte do imposto/Inda em contribuição social pelo Decreto-Lei n. 582/1969, não houve modificação ou legitimação da contribuição, pelas normas legais que se sucederam:

Decreto-Lei n. 1.146, de 31 de dezembro de 1970.

O art. 1º do DL n. 1.146/1970, determinou:

“Art. 1º As contribuições criadas pela Lei n. 2.613, de 23 de setembro de 1955, mantidas nos termos deste decreto-lei, são devidas de acordo com o art. 6º do Decreto-Lei n. 582, de 15 de maio de 1969, e com o art. 2º do Decreto-Lei n. 1.110, de 09 de julho de 1970:

I - Ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra:

1. (...)

2. 50% (cinquenta por cento) da receita resultante da contribuição de que trata o art. 3º deste decreto-lei.

“II - Ao Fundo de Assistência do Trabalhador Rural — Funrural — 50% (cinquenta por cento) da receita resultante da contribuição de que trata o art. 3º deste decreto-lei.

Art. 3º É mantido o adicional de 0,4% (quatro décimos por cento) à contribuição previdenciária das empresas, instituída no parágrafo 4º do art. 6º da Lei n. 2.613, de 23 de setembro de 1955, com a modificação do art. 3º, parágrafo 2º, item VIII, da Lei n. 4.863, de 29 de novembro de 1965”.

O Decreto-Lei n. 1.146/1970 aumentou a contribuição ao Inda para 0,2% e manteve em 0,2% a contribuição ao Funrural criada pelo Decreto-Lei n. 582/1969.

Lei Complementar n. 11, de 25 de maio de 1971.

A Lei Complementar n. 11/1971 criou o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural — Prorural e atribuiu ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural — Funrural a execução do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, consistente na prestação dos seguintes benefícios:

- I) aposentadoria por velhice;
- II) aposentadoria por invalidez;
- III) pensão;
- IV) auxílio-funeral;
- V) serviço de saúde;
- VI) serviço social.

O art. 15 estabeleceu que o custeio seria feito por contribuições:

“I - de 2% (dois por cento) devida pelo produtor sobre o valor comercial dos produtos rurais e recolhida:

a) pelo adquirente, consignatário ou cooperativa que ficam subrogados, para esse fim, em todas as obrigações do produtor;

b) pelo produtor, quando ele próprio industrializar seus produtos ou vendê-los, no varejo, diretamente ao consumidor.

II - da contribuição de que trata o art. 3º do Decreto-Lei n. 1.146, de 31 de dezembro de 1970, a qual fica elevada para 2,6%, (dois inteiros e seis décimos por cento) cabendo 2,4% (dois inteiros e quatro décimos) ao Funrural”.

A Lei Complementar n. 11/1971, portanto, não mudou o **status quo ante** da contribuição social ao Funrural, e apenas aumentou a alíquota a que estaria sujeito o empregador urbano: a manutenção da contribuição não pode ser entendida como sua recriação, como acima já foi exposto em relação ao Finsocial.

II - Houve omissão do v. acórdão em relação à contribuição ao Incra, a respeito da qual a Embargante afirmara:

Inconstitucionalidade da Contribuição ou Imposto/Incra em face da Constituição Federal de 1988.

Já vimos acima que a “contribuição ao Incra” tornou-se inconstitucional por não ter sido recepcionada pela EC n. 18/1965, pela CF/1967 e pela EC n. 1/1969.

Vejamos, agora, a sua inconstitucionalidade em face da Constituição Federal de 1988.

O art. 153, da Constituição de 1988, dispôs:

“Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - Exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III - renda e proventos de qualquer natureza;

IV - produtos industrializados;

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

VI - propriedade territorial rural;

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar”.

Como se verifica, o imposto denominado vulgarmente “contribuição ao Inkra” não foi relacionado no art. 153: *não foi, pois, recepcionado pela Constituição de 1988.*

Já o art. 154 determinou:

“Art. 154. A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”.

Mais uma vez, a União omitiu-se em criar o imposto em favor do Inkra, pois nenhuma lei complementar foi promulgada nesse sentido

Contribuição do Inkra como contribuição social

Admitindo-se, apenas para argumentar, que a exação em favor do Inkra teria a natureza jurídica de contribuição à seguridade social, ainda assim ela não teria sobrevivido à Constituição de 1988, pois esta, em seu artigo 195, 1, limitou as contribuições sociais do empregador a:

“I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro”;

A autorização constitucional, uma vez exercida, esgotou a competência da União em criar as contribuições sociais, o que aconteceu assim:

Contribuição sobre os salários: contribuição previdenciária.

Contribuição sobre o faturamento: Cofins.

Contribuição sobre o lucro: contribuição social.

A criação, ou recriação de qualquer outra contribuição dependeria da observância do parágrafo 4º do art. 195, **verbis**:

“Parágrafo 4º A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I”.

“Art. 154. A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”.

Ao criar a Contribuição Social sobre o Lucro dos Empregadores (art. 195, I, da CF/1988), a União tentou recriar as “contribuições previstas na legislação em vigor, incidentes sobre a folha de salários” — caso da exação em favor do Incra, nos termos:

Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988.

Art. 9º Ficam mantidas as contribuições previstas na legislação em vigor, incidentes sobre a folha de salários e a de que trata o Decreto-Lei n. 1.940, de 25 de maio de 1982, e alterações posteriores, incidente sobre o faturamento das empresas, com fundamento no artigo 195, I, da Constituição Federal.

O egrégio Supremo Tribunal Federal, ao julgar em Tribunal Pleno o Recurso Extraordinário n. 150.764-1 — Pernambuco — DJ de 02.04.1993 (Ementário n. 1.698-08) (acima citado), e ao declarar a inconstitucionalidade do art. 9º, da Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988, fê-lo de forma integral, fulminando, assim, as contribuições previstas na legislação em vigor, incidentes sobre a folha de salários, que incluíam a contribuição ao Incra, que incidia sobre a folha de salários.

Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.

As contribuições sociais devidas pelos empregadores incidentes sobre a folha de salários estão consolidadas na Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, que, em atenção ao art. 195, inciso I, da CF/1988, dispôs sobre a organização da Seguridade Social, instituiu o Plano de Custeio e deu outras providências, esgotando a competência da União Federal para legislar por lei ordinária a matéria.

Essa lei abrange todos os segurados, sejam empregados de empresas urbanas ou rurais: a contribuição ao Incra (se admitida a sua natureza jurídica de contribuição social) não está nela contemplada, pois o Instituto Nacional do Seguro Social continua a exigí-la como “contribuição a terceiros”, separadamente.

Também não se aplica à contribuição ao Inkra o disposto no art. 240 da Constituição de 1988, pois o Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária — Inkra é uma autarquia, e não se confunde com as entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

A contribuição ao Inkra, seja como imposto, seja como contribuição social, não pode ser exigida, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, por ser com ela incompatível, como se demonstrou.

III – O v. acórdão foi omissivo quanto à tese da Embargante relativa à impossibilidade de superposição contributiva, sobre a qual afirmou:

Impossibilidade de superposição contributiva

E se todos os argumentos acima fossem rejeitados, reconhecendo-se às contribuições ao Funrural e ao Inkra a natureza de contribuição parafiscal, o que se admite apenas para discussão, impediria a sua cobrança à *apelante*, como empresa urbana sujeita à Previdência Social Urbana, a *impossibilidade de superposição contributiva*, reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina.

O art. 165, inciso XVI.

É absurda a exigência das contribuições ao Funrural e ao Inkra por contribuintes filiados a categorias pertinentes a atividades eminentemente urbanas, como é o caso da Apelante, cujas atividades, como se depreende do seu estatuto social, nenhuma vinculação têm com o meio rural.

Merece ser lembrado o ensinamento do Professor **Ruy Barbosa Nogueira** em Parecer publicado no Diário do Comércio e Indústria (CDI) — Caderno de Empresas, de 28.05.1985 a 12.06.1985, que esclarece que a expressão “do empregador e do empregado”, contida no inciso XVI do art. 165 da Constituição Federal, demonstram que, por empregador compreende-se o próprio patrão do beneficiário (empregado).

Está evidente que a contribuição do empregador é estritamente vinculada à existência da relação de emprego, até porque é em dependência deste fato que o empregado torna-se beneficiário da Previdência Social, em razão, exclusivamente, da contribuição de seu patrão e de sua própria.

Pede vênua a *apelante* para transcrever o entendimento do Professor **Ruy Barbosa Nogueira**:

“XII - Ora, se dentro do sistema de Previdência Social do Brasil, que é estruturado por categorias sociais e no caso dos empregadores e seus empregados vinculada econômica, financeira e juridicamente às respectivas relações de emprego, nenhum ato inferior à Constituição pode, em conflito com todos os seus princípios, sistema, textos e contexto obrigar, como já vimos, um empregador e/ou empregado de uma categoria a contribuir para a previdência de outra categoria. Tal ato será flagrantemente inconstitucional, porque estará exigindo sob ‘o rótulo’ de imposto, ou de taxa, ou de contribuição social, transferência de patrimônio de um determinado particular para o de outrem ou para instituição estranha à respectiva e legítima titular de contribuição compulsória que é, e somente pode ser aquela que, em contraprestação, fornece os benefícios e os serviços à sua respectiva categoria.

XIII - Se nos termos do parágrafo 1º do art. 153 da Constituição Federal vigente, ‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas’, é evidente que qualquer ato normativo inferior à Constituição que venha a obrigar por exemplo os empregadores ou empregados da categoria do trabalho urbano, que já contribuem para a Previdência Social da sua categoria, e assim discriminá-los onerosamente em relação aos demais cidadãos contribuintes e pagar ainda contribuição social para outra categoria como, por exemplo, para a categoria rural, não só estará exacerbando a cobrança e acarretando **bis in idem** econômico-financeiro, mas infringindo escancaradamente o princípio constitucional da igualdade, por meio da distinção e da discriminação entre o trabalho urbano e trabalho rural.”

Dispôs o art. 2º do Decreto-Lei n. 1.146, de 31 de dezembro de 1970:

“Art. 2º. A contribuição instituída no **caput** do art. 6º da Lei n. 2.613/1955, é reduzida para 2,5% (dois e meio por cento), a partir de 1º de janeiro de 1971, sendo devida sobre a soma da folha mensal dos salários de contribuição previdenciária dos seus empregados pelas pessoas naturais e jurídicas, inclusive cooperativa, que exerçam as atividades abaixo enumeradas:

- I - Indústria de cana-de-açúcar;
- II - Indústria de laticínios;
- III - Indústria de beneficiamento de chá e mate;
- IV - Indústria da uva;

V - Indústria de extração e beneficiamento de fibras vegetais e de descaroçamento de algodão;

VI - Indústria de beneficiamento de cereais;

VII - Indústria de extração de madeira para serraria, de resina, lenha e carvão vegetal;

VIII - Matadouros ou abatedouros de animais de quaisquer espécies e charqueada.

Parágrafo 1º Os contribuintes de que trata este artigo estão dispensados das contribuições para os Serviços Sociais da Indústria (Sesi) ou do Comércio (Sesc) e Serviços Nacionais de Aprendizagem Industrial (Senai) ou do Comércio (Senac) estabelecidas na respectiva legislação”.

O art. 2º definiu quais as agroindústrias que estavam sujeitas às contribuições ao Funrural, e o seu parágrafo 2º exclui as da contribuição ao Sesi, Sesc, Senai e Senac.

Se as agroindústrias relacionadas, por sua natureza rural, foram excluídas das contribuições a entidades assistenciais a que as demais indústrias do País estavam sujeitas, ofende o princípio da isonomia (art. 153, § 1º) obrigá-las a contribuir com o “adicional” de 2,4% e 0,2% ao Funrural e ao Incra, cuja destinação era idêntica às do Sesi, Sesc, Senai e Senac.

Ora, os argumentos acima transcritos são inquestionáveis, sob o prisma jurídico, patenteando que a apelante vem sendo obrigada, de forma ilegal, a contribuir duas vezes, sendo uma justa, já que custeia a previdência da sua categoria, mas outra injusta, porque para categoria com a qual não possui liame de fato ou de direito.

Outro aspecto que deve ser ressaltado é o pertinente ao fato de que a Previdência Rural e o Incra não põem à disposição dos empregados da apelante, e tampouco, a ela mesma, qualquer benefício ou serviço. Ou seja, não há nenhuma contraprestação de maneira a justificar a exação.

Caracteriza-se, então, verdadeiro confisco sobre a apelante, como acentuado por **Ruy Barbosa Nogueira**:

“Para não ocorrer o confisco, a expressão do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.146/1970 quando dispõe que ‘é mantido o adicional de 0,4% (quatro décimos por cento) à contribuição previdenciária das empresas’ somente pode compreender as empresas rurais ou preponderantemente rurais e jamais as urbanas, para cujos empregados ou empregadores de

indústria urbana o Incra ou Funrural não põem à disposição, nem prestam benefício ou serviço.” (Parecer citado).

Outro não é o posicionamento do Poder Judiciário, podendo-se invocar várias decisões, exemplificativamente.

Eis a decisão prolatada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n. 60.376/DF, de cujo r. voto proferido pelo eminente Ministro Prado Kelly extraiu-se o seguinte trecho (RTJ 41/170):

“As contribuições para-fiscais pressupõem necessariamente uma contraprestação devida aos jurisdicionados ou usuários do organismo ou serviço particular beneficiário (L. Mehl, *Science et Technique Fiscales*, p. 196; M. Duveger, *Institutions Financières*, pp. 87 e ss.); e neste ponto é elucidativo o parecer do Professor **Ruy Barbosa Nogueira**, à fl. 239”.

Em outra manifestação da Suprema Corte, no RE n. 75.316/SP, o voto do Relator Ministro Oswaldo Trigueiros, reiterou o mesmo fundamento (RTJ n. 68, pp. 501 a 503):

“... não é admissível estender-se a contribuição em causa às indústrias dos centros urbanos, cujos empregados são assistidos por outras entidades e por forma diversa ... é a indústria urbana que, como tal, sempre contribui para o Sesi. Não se compreende como possa ela passar a contribuir para o Serviço Social Rural, do qual não recebe qualquer benefício...”

“A entender-se de outro modo, todas as indústrias urbanas ... deveriam contribuir para o Serviço Social Rural, o que importaria em *desfalque* de receita das instituições que, como é o caso do recorrente, têm o encargo de dar assistência aos trabalhadores urbanos”. (Grifo da Recorrida)

Confirmado o entendimento anteriormente consolidado, pronunciou-se, uma vez mais, o Supremo Tribunal Federal, reiterando uniformemente o conteúdo da decisão anteriormente prolatada no RE n. 60.376/DF (RTJ 411/67), desta feita no RE n. 71.614/DF.

“Há que distinguir, na legislação específica, entre atividades rurais ainda que pertinentes à indústria extrativa e agrícola, e as de caráter manufatureiro e urbano. As primeiras se compreendem na esfera de atribuições conferidas ao Serviço Social Rural (Lei n. 2.613, arts. 3^a e 6^a, parágrafo 2^a); as outras se incluem, quanto a fins assistenciais, na competência dos órgãos instituídos pelo DL n. 4.048, de 1942, e 9.403, de 1946 (Senai e Sesi)”.

O Tribunal Federal de Recursos, da mesma forma, decidiu unanimemente que as contribuições sociais somente são devidas dentro das respectivas categorias.

Com efeito, assim se pronunciou a Quinta Turma daquele Tribunal na Ap. Civ. n. 97.499/RJ, publicada no Boletim AASP n. 1.342, p. 205) confirmando anterior decisão unânime prolatada pela Sexta Turma no AMS n. 75.900 (publicado no DJ de 02.10.1980):

“Inadmissível a superposição de contribuições”.

Mais recentemente, a Quinta Turma do TFR decidiu:

AMS n. 112.956 — Pernambuco — DOU de 06.08.1987

EMENTA

Previdenciário. Funrural. Contribuições. Agroindústria.

As empresas agroindustriais que estavam vinculadas ao sistema previdenciário anteriormente à instituição do Funrural — não estavam obrigadas a contribuir para este último, podendo continuar no regime em que se achavam, dada a impossibilidade de superposição contributiva. Logo, por inferência lógica a empresa vinculada ao Funrural não está obrigada a contribuir para a previdência comum, relativamente a seus empregados”.

Improvemento dos recursos de ofício e voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de maio de 1987”.

Ainda por inferência lógica, se a empresa vinculada ao Funrural não está obrigada a contribuir para a previdência comum, relativamente a seus empregados, esta não está obrigada a contribuir ao Funrural, dada a impossibilidade de superposição contributiva.

Em embargos de declaração na Apelação Cível n. 107.232/RJ — DOU de 29.10.1987, decidiu a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos:

“Embargos de Declaração na Apelação Cível n. 107.232/RJ

EMENTA

Embargos de declaração — Seu recebimento parcial para retificar a ementa do acórdão embargado, que passa a ser:

Funrural — Durante a vigência da Lei Complementar n. 11, de 1971, as empresas agroindustriais anteriormente vinculadas, inclusive quanto ao seu setor agrário, ao Sistema Geral da Previdência Social, nele continuaram integradas, **ex vi** do art. 29 do mesmo diploma legal, ficando dispensadas, em consequência, do recolhimento de contribuições para o custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, de relação aos próprios produtos por elas industrializados. Já a partir da data em que entrou em vigor a Lei Complementar n. 16, isto é, 1^a de janeiro de 1973, as empresas agroindustriais ficaram vinculadas ao INPS quanto à parte industrial e, de relação ao setor agrário, ao Funrural, ao qual estão, desde então obrigadas ao recolhimento de contribuições sobre os produtos por elas próprias industrializados, ou vendidos ao consumidor, no varejo, e a adquirente domiciliado no exterior (art. 15, letra **b** da Lei Complementar n. 11/1971, com a redação dada pelo art. 1^a da Lei Complementar n. 16/1973)”.

Definiu, pois, a Quarta Turma do TFR a dicotomia: vinculação ao INPS dos empregados da parte industrial das empresas agroindustriais e vinculação dessas empresas ao Funrural, relativamente à parte agrária.

Por inferência lógica, as empresas vinculadas exclusivamente à previdência urbana somente a esta devem contribuir, pela *impossibilidade de superposição contributiva*.

Adoto, portanto, a fundamentação e conclusão do acórdão embargado.

Conheço, porém, rejeito os embargos.

É como voto”.

Com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, portanto, alinhado com os fundamentos supratranscritos, firmo compreensão de que a referida exação não tem condições jurídicas de ser exigida das empresas e, especificamente, da recorrida, por ser vinculada exclusivamente à previdência urbana, pela impossibilidade de superposição contributiva.

Ressalte-se que a contribuição do Incra foi suprimida com o advento da Lei n. 8.212/1991, motivo pelo qual, a partir de então, deve ser reconhecida como indevida a sua cobrança.

Quanto ao segundo questionamento, não há como a pretensão verdejar, pois esta colenda Corte firmou compreensão no sentido de que os juros compensatórios não são devidos na repetição de indébito e na compensação de tributos. Transcrevo os seguintes julgados:

“Tributário e Processual Civil. Contribuição previdenciária. Compensação. Correção monetária. Julho e agosto de 1994. Ufir. Honorários advocatícios. Fixação. Valor da condenação. Art. 20, § 3º do CPC.

I - Os juros compensatórios não são devidos na repetição de indébito tributário.

II - Este Superior Tribunal de Justiça decidiu, em reiterados precedentes, que, a partir de janeiro de 1992, os créditos tributários devem ser reajustados pela Ufir, que será aplicada até 31.12.1995, sendo, portanto, indevida a adoção do IGP-M nos meses de julho e agosto de 1994.

III - Na fixação da verba honorária, considera-se, de regra, o valor da condenação por determinação do artigo 20, § 3º do Estatuto Processual Civil.

Recurso parcialmente provido”.

(REsp n. 415.684/PR, DJ de 24.06.2002, Relator Ministro Garcia Vieira)

“Tributário e Processual Civil. Finsocial. Repetição de indébito. Impossibilidade de aplicação cumulativa da taxa Selic e Ufir. Juros compensatórios. Não-incidência. Honorários advocatícios. Fixação. Valor da condenação. Art. 20, § 3º do CPC.

I - A taxa de juros equivalente à Selic se decompõe em taxa de juros reais e taxa de inflação do período considerado, pelo que não pode ser aplicada, cumulativamente, com outro índice de correção monetária.

II - Os juros compensatórios não são devidos na repetição de indébito tributário.

III - Na fixação da verba honorária, considera-se, de regra, o valor da condenação por determinação do artigo 20, § 3º do Estatuto Processual Civil.

Recurso parcialmente provido”.

(REsp n. 396.047/PR, DJ de 29.04.2002, Relator Ministro Garcia Vieira)

“Tributário. Processual Civil. Embargos de declaração. Juros de mora. Repetição de indébito/compensação.

1. Não cabem juros compensatórios na repetição de indébito ou na compensação de valores tributários, ou a tal título recolhidos.

2. Incidência, em tais formas de recebimento do indevidamente pago, de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado da decisão.

3. Embargos de declaração acolhidos para os fins acima explicitados”

(EDcl no REsp n. 197.236/DF, DJ de 02.08.1999, Relator Ministro José Delgado).

Em relação à aplicação dos juros de mora, o entendimento dominante neste Tribunal é no sentido de que os mesmos são devidos no percentual de 1% ao mês, tanto na repetição de indébito como na compensação, a partir do trânsito em julgado da sentença, conforme preceito estabelecido no artigo 167, do Código Tributário Nacional. Saliente-se que devem estes juros ser empregados somente aos períodos anteriores à vigência da Lei n. 9.250/1995, ou seja, 1ª.01.1996, eis que inacumuláveis com a Selic. Sobre o assunto, transcrevo os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“Tributário — PIS — Compensação — Juros de mora — Incidência — Aplicação da taxa Selic — Lei n. 9.250/1995.

— Compensação é forma de repetição de indébito e enseja a incidência da atualização monetária e dos juros de mora.

— Os juros de mora incidem na compensação efetuada pelo sistema de autolancamento, isto é, a produzida pelo próprio contribuinte via registro em seus livros contábeis e fiscais. Precedentes desta Corte.

— Conforme disposto no artigo 161, parágrafo 1º, combinado com o 167 do CTN, são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado da sentença no percentual de 1% (um por cento) ao mês, e posteriormente com base no parágrafo 4º do artigo 39 da Lei n. 9.250/1995.

— Estabelece o parágrafo 4º do artigo 39 da Lei n. 9.250/1995 que: ‘a partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.

— A taxa Selic representa a taxa de juros reais e a taxa de inflação no período considerado e não pode ser aplicada, cumulativamente, com outros índices de reajustamento.

— Recurso provido”

(REsp n. 357.358/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29.04.2002).

“Tributário e Processual Civil. Agravo regimental. Compensação. Juros moratórios. Taxa Selic.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que deu provimento ao recurso especial ajuizado pela parte agravada.

2. Decisão agravada que entendeu ser aplicável a Taxa de Juros Selic, com apoio em posicionamento da distinta Primeira Turma desta Corte.

3. Não há acumulação da taxa Selic com qualquer outro índice de correção monetária ou juros moratórios. Os períodos de incidência são diferentes, não sendo, assim, cumuláveis.

4. A aplicação dos índices de correção monetária, da seguinte forma: a) por meio do IPC, no período de março/1990 a fevereiro/1991; b) a partir da promulgação da Lei n. 8.177/1991, a aplicação do INPC (até dezembro/1991); e c) após janeiro/1992, a aplicação da Ufir, nos moldes estabelecidos pela Lei n. 8.383/1991.

5. Juros de mora aplicados no percentual de 1% (um por cento) ao mês, com incidência a partir do trânsito em julgado da decisão; juros pela taxa Selic só a partir da instituição da Lei n. 9.250/1995, ou seja, 1^a.01.1996.

6. Agravo regimental não provido”.

(AgRg no REsp n. 380.096/SP Rel. Min. José Delgado, DJ de 29.04.2002)

Com referência ao terceiro argumento levantado pela recorrente, esta Casa adota posicionamento segundo o qual, a partir da vigência da Lei n. 8.383/1991, a correção monetária na repetição de indébito ou compensação deverá ser feita pela Ufir, não sendo aplicável o IGPM para a atualização dos créditos, tendo em vista que o referido indicador leva em conta outros fatores que não os destinados à medição dos reflexos da inflação do período.

Por fim, relativamente ao pedido de compensação, não vejo óbice a tal pretensão, podendo a mesma ser realizada com outras contribuições arrecadadas pelo INSS que tenham o mesmo escopo: financiar a seguridade social.

Conclusão: recurso especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade de ser exercitada a compensação das importâncias impropriamente recolhidas e assegurar a aplicação de juros moratórios, a partir do trânsito em julgado da sentença, relativamente ao período anterior à vigência da Lei n. 9.250/1995.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 535.115 — RS (2003/0045886-9)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Calçados Lidese Ltda

Advogados: Angélica Sanson de Andrade e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Artur Alves da Motta e outros

EMENTA

Constitucional e Tributário. IPI. Prescrição. Correção monetária. Saldos credores escriturais. Valor da matéria-prima adquirida ou insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Decisão da matéria (mesmo que em sede do ICMS, aplicável à espécie) pelo Supremo Tribunal Federal. Inaplicação da correção pretendida. Precedentes.

1. A Primeira e Segunda Turmas e a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento de que, nas ações que visam ao reconhecimento do direito ao creditamento escritural do IPI, o prazo prescricional é de 5 anos, sendo atingidas as parcelas anteriores à propositura da ação.

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

3. A permissibilidade de corrigir-se monetariamente créditos do IPI visa impedir que o Estado receba mais do que lhe é devido, se for congelado o valor nominal do imposto lançado quando da entrada da mercadoria no estabelecimento.

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

5. A linha de entendimento supra é a defendida pelo Relator. Submissão, contudo, ao posicionamento da egrégia Primeira Seção desta Corte Superior, no sentido de que o especial não merece ser conhecido por abordar matéria de natureza constitucional ou de direito local (EREsp n. 89.695/SP, Rel. designado para o acórdão Min. Hélio Mosimann).

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

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

ACÓRDÃO

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

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

Ministro José Delgado, Relator

Publicado no DJ de 13.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial interposto por Calçados Lidese Ltda com fulcro no art. 105, III, **a e c**, da Carta Magna, contra v. acórdão assim ementado (fl. 137):

“Imposto sobre Produtos Industrializados — IPI. Princípio da não-cumulatividade. Lei n. 9.779/1999. RIPI/1998. RIPI/1982. Prescrição. Correção monetária.

— O princípio da não-cumulatividade visa evitar tributação excessiva, consistente na superposição de idêntico imposto nas sucessivas etapas do processo produtivo.

— A Lei n. 9.779/1999 estabelece faculdade ao contribuinte de utilizar-se dos créditos originados na aquisição de insumos, nos termos da Lei n.

9.430/1996, inclusive nas hipóteses de saídas isentas, não tributadas, ou tributadas à alíquota zero.

— Este Tribunal, ao apreciar a Arguição de Inconstitucionalidade na AC n. 1999.72.05.008186-1/SC, declarou a inconstitucionalidade do art. 174, inciso I, alínea **a**, do Decreto n. 2.637/1998 (RIPI/1998), dispositivo que determina a anulação do crédito gerado na aquisição de insumos, por afrontar o princípio da não-cumulatividade, bem como se manifestou no sentido da não-recepção do art. 100, inciso I, alínea **a**, do Decreto n. 87.918/1982 (RIPI/1982).

— Não se cuidando de hipótese de restituição — em que se discute pagamento indevido ou a maior — mas de reconhecimento de aproveitamento de crédito, em virtude da regra da não-cumulatividade estabelecida pelo texto constitucional, não tem aplicação o disposto no art. 165 do CTN. Incide o Decreto n. 20.910/1932, o qual fixa a prescrição no quinquênio.

— A lei não prevê que o crédito seja levado a cálculo com correção monetária. Precedentes do STF e do STJ.”

No Especial, alega-se violação aos arts. 150, § 4º, 156, VII, 165, I, e 168, I, e 161 do CTN, 66, § 3º, da Lei n. 8.383/1991, e 39, § 1º, da Lei n. 9.250/1995, além de se apontar dissídio jurisprudencial com relação a dois pontos:

a) quanto ao prazo prescricional, porquanto havendo confirmação de que ocorreu o recolhimento indevido de tributos, e em se tratando de tributo com lançamento por homologação, o contribuinte tem o direito de pleitear a restituição no prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário que, no caso, deu-se por homologação tácita;

b) a concessão da correção monetária e dos juros de mora nos valores a serem restituídos.

Oferecidas contra-razões pela manutenção do **decisum a quo**.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A matéria jurídica dos dispositivos legais tidos por violados e a divergência jurisprudencial restaram devidamente comprovadas, merecendo, pois, ser conhecido e apreciado o apelo extremo.

Quanto ao prazo prescricional, no caso do IPI, esta Corte tem entendido que o mesmo é quinquenal, conforme os julgados abaixo transcritos:

“Tributário — Imposto sobre Produtos Industrializados — Creditamento do IPI dos insumos e matéria-prima — Prescrição — Repercussão (art. 166 do CTN).

1. Questão jurídica que, não se identificando com repetição de indébito, afasta a incidência do art. 165 do CTN e, em consequência, a contagem do prazo prescricional consagrada pela jurisprudência para os lançamentos por homologação (cinco mais cinco).

2. Prescrição quinquenal da ação que pretende reconhecer o direito ao creditamento escritural.

3. Recurso especial conhecido pela alínea **a**, mas improvido.”

(REsp n. 358.750/RS, Segunda Turma, DJ de 02.09.2002, Rel. Min. Eliana Calmon)

“Tributário — Imposto sobre Produtos Industrializados — Creditamento do IPI dos insumos e matéria-prima — Prescrição — Repercussão (art. 166 do CTN).

1. Questão jurídica que, não se identificando com repetição de indébito, afasta a incidência do art. 165 do CTN e, em consequência, a contagem do prazo prescricional consagrada pela jurisprudência para os lançamentos por homologação “cinco mais cinco”.

2. Prescrição quinquenal da ação que pretende reconhecer o direito ao creditamento escritural.

3. Exigência de prova da identificação do contribuinte de fato (art. 166 do CTN) que não se faz pertinente em situação diversa da repetição de indébito.

4. Recursos especiais conhecidos pela alínea **a**, mas improvidos.”

(REsp n. 397.171/SC, Segunda Turma, DJ de 05.08.2002, Rel. Min. Eliana Calmon)

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

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao recurso especial intentado pela parte agravante.

2. Acórdão **a quo** que, em ação buscando o reconhecimento do direito ao creditamento do IPI, resultante da aquisição de insumos industriais isentos,

tributados à alíquota zero, ou não-tributados, ocorrida nos últimos 10 (dez) anos, entendeu haver ocorrido a prescrição quinquenal do ato ou fato do qual se originaram.

3. A Primeira e Segunda Turmas e a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento de que, nas ações que visam ao recebimento do crédito-prêmio do IPI, o prazo prescricional é de 5 anos, sendo atingidas as parcelas anteriores à propositura da ação.

4. ‘Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.’ (Súmula n. 85/STJ).

5. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no REsp n. 392.257/PR, Primeira Turma, DJ de 27.05.2002, deste Relator)

“Processual Civil e Tributário — Acolhimento de questão de ordem — Competência para julgamento das demais questões — IPI — Crédito-prêmio — Prescrição.

— Acolhida questão de ordem para submeter à apreciação da Primeira Seção a matéria atinente à contagem do prazo prescricional das ações que visam ao recebimento do crédito-prêmio do IPI, fica mantida a competência da Turma originária para o julgamento das demais questões suscitadas no recurso especial.

— A egrégia Primeira Seção firmou entendimento no sentido de que são atingidas pela prescrição as parcelas anteriores ao prazo de cinco anos a contar da propositura da ação. Incidência das Súmulas ns. 443 do STF e 85 do STJ.

— Embargos parcialmente acolhidos.” (EDcl no REsp n. 260.096/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 13.08.2001)

“Processual Civil e Tributário — Recurso especial — Conhecimento — Honorários advocatícios — Prescrição — IPI.

— A ausência de prequestionamento da matéria obsta seu conhecimento em sede de recurso especial.

— A fixação de honorários de advogado envolve matéria de fato, insuscetível de apreciação na via especial.

— Quanto à prescrição relativa às ações de repetição de indébito, aplicam-se as Súmulas ns. 443 do STF e 85 do STJ.

— Recurso improvido.” (REsp n. 260.096/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 26.03.2001)

“Tributário e Processual Civil. Crédito-prêmio (IPI). Prescrição. CTN, artigos 173 e 174. Decreto n. 20.910/1932. CPC, art. 219, parágrafo 1º.

1. Os créditos fiscais decorrentes do crédito-prêmio do IPI são albergados pela prescrição das parcelas anteriores ao prazo quinquenal, no caso, verificado a partir da data do ajuizamento da ação.

2. Recurso provido.” (REsp n. 48.667/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 17.03.1997)

“Tributário. IPI. Crédito-prêmio. Ressarcimento. Prescrição.

I - A ação de ressarcimento de créditos-prêmio relativos ao IPI prescreve em 5 (cinco) anos (DL n. 20.910/1932), aplicando-se-lhe, no que couber, os princípios relativos à repetição do indébito tributário. Ofensa aos arts. 173 e 174, CPC, não caracterizada.

II - Não tem qualquer adequação aplicar-se à espécie a regra atinente à contagem do prazo extintivo pertinente às ações de repetição de indébito relativo ao empréstimo compulsório.

III - Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 106.877/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 11.11.1996)

“Recurso especial. Tributário. IPI. Crédito-prêmio. Prescrição quinquenal. Juros moratórios. Correção monetária. Honorários. Negativa de vigência à lei federal e dissídio. Inocorrência. Recurso não conhecido.

— Prescritíveis os créditos fiscais decorrentes do crédito-prêmio, o prazo da prescrição é quinquenal, a partir do ajuizamento da ação.

— Os juros moratórios, de 12% ao ano, são devidos desde o trânsito em julgado da decisão.

— Cabe correção monetária, fazendo-se a conversão da moeda estrangeira em nacional, ao câmbio do dia em que se efetuar o crédito.

— Inviável, pelo recurso especial, a revisão do percentual da verba honorária, porque reclamaria o reexame dos aspectos fáticos.” (REsp n. 59.504/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 29.10.1996)

“Tributário e Processual Civil. Crédito-prêmio (IPI). Prescrição. CTN, arts. 173 e 174. Decreto n. 20.910/1932. Lei n. 4.414/1964. DL n. 491/1969. DL n. 1.724/1979.

1. Os créditos fiscais decorrentes do crédito-prêmio do IPI são albergados pela prescrição das parcelas anteriores ao prazo quinquenal, no caso, verificado a partir da data de citação inicial.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso provido.” (REsp n. 77.748/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 29.10.1996)

“Tributário — IPI — Crédito-prêmio — Ressarcimento — Prescrição — Juros de mora — Honorários advocatícios — Decreto n. 20.910/1932, art. 1º — Decreto-Lei n. 491/1969, art. 2º — Súmula n. 46/TFR — CTN, art. 165, parágrafo 1º — Súmula n. 07/STJ — Precedentes.

— O prazo prescricional conta-se retroativamente a partir do ajuizamento da ação, abrangendo as parcelas anteriores ao quinquênio.

— A ação de ressarcimento de créditos-prêmio relativos ao IPI obedece às disposições legais referentes à repetição do indébito tributário.

— Os juros de mora são devidos à taxa de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da sentença.

— A fixação da verba de sucumbência está intimamente vinculada às circunstâncias de fato da causa, não ensejando recurso especial, a teor do Verbete n. 07/STJ.

— Recurso não conhecido.” (REsp n. 44.727/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 1º.04.1996)

“IPI. Crédito-prêmio. Prescrição. Juros de mora. Correção cambial. Verba honorária. Elevação. Súmula n. 07/STJ.

I - A prescrição é quinquenal, regulada pelo Decreto n. 20.910/1932, portanto, afigura-se correto o **decisum** que decretou prescritas as parcelas anteriores a 19.12.1981.

II - Os juros moratórios de 12% (doze por cento) ao ano, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença, na forma dos arts. 161, § 1º e 167, parágrafo único do CTN.

III - A conversão da diferença do crédito-prêmio será efetuada no valor da moeda estrangeira ao câmbio do dia em que o crédito poderia ser contabilizado e, a partir daí, incidirá correção monetária. Precedentes.

IV - A revisão do percentual estabelecido para a verba honorária demandaria o reexame de aspectos fáticos, como o trabalho realizado pelo advogado, o tempo nele despendido, o grau de zelo do profissional, o que é inviável pela via eleita do especial (Súmula n. 07/STJ).

V - Recurso desprovido.”

(REsp n. 46.120/DF, Segunda Turma, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ de 20.03.1995)

No mesmo sentido e do mesmo Relator: REsp n. 50.494/DF, DJ de 27.03.1995.

“Tributário. IPI. Crédito-prêmio. Ressarcimento. Decreto-Lei n. 491, de 05.03.1969. Prescrição. Correção monetária. Variação cambial. Juros moratórios. Honorários advocatícios.

I - A ação de ressarcimento de créditos-prêmio relativos ao IPI prescreve em 5 (cinco) anos (Decreto-Lei n. 20.910/1932), aplicando-se-lhe, no que couber, os princípios relativos à repetição do indébito tributário. Ofensa aos arts. 173 e 174 do CPC não caracterizada.

II - A correção monetária é devida a partir da data da conversão dos créditos questionados em moeda nacional, na forma do art. 2º do Decreto-Lei n. 491, de 1969, aplicando-se, desde então, a Súmula n. 46 — TFR, segundo a qual aquela correção ‘incide até o efetivo recebimento da importância reclamada’.

III - Os juros moratórios são devidos, à taxa de 12% ao ano, a partir do trânsito em julgado da sentença. Aplicação dos arts. 161, § 1º e 167, parágrafo único, do CTN. Inaplicação dos arts. 58, 59 e 60 do Código Civil e do art. 1º da Lei n. 4.414/1964.

IV - Salvo limite legal, a fixação da verba advocatícia depende das circunstâncias da causa, não ensejando recurso especial. Súmula n. 389 — STF. Aplicação.

V - Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 46.548/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 19.12.1994)

“IPI — Crédito-prêmio — Prescrição — Correção monetária — Juros de mora — Honorários.

I - Prescrição quinquenal regulada pelo Decreto n. 20.910/1932.

II - A correção cambial e a correção monetária não podem ser superpostas.

III - Os juros de mora de 12% ao ano são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

IV - Inviável a pretendida elevação da verba honorária em sede de recurso especial (Súmula n. 7 do STJ).

V - Recurso improvido.” (REsp n. 46.533/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 27.06.1994)

“IPI — Crédito-prêmio — Prescrição — Excedente — Direito ao recebimento — Conversão — Correção monetária — Juros de mora.

I - Como a prescrição é quinquenal, regulada pelo Decreto n. 20.910/1932, estão prescritas as parcelas anteriores a 09.02.1982.

II - Autorizado o recebimento, em espécie, do excedente do estímulo fiscal, depois de compensado com os débitos do IPI e outros impostos federais.

III - A conversão da diferença do crédito-prêmio será efetuada no valor da moeda estrangeira ao câmbio do dia em que o crédito poderia ser contabilizado e, a partir daí, incidirá correção monetária.

IV - Os juros moratórios são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

V - Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 40.679/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 28.03.1994)

Quanto à correção monetária, ao proferir Voto-Vista no REsp n. 212.899/RS, externei os seguintes fundamentos:

“O acórdão hostilizado firmou o entendimento de que a correção monetária dos saldos credores do IPI, em decorrência da técnica adotada para a apuração do recolhimento do referido imposto, de natureza não-cumulativa, não deve ser permitida por ausência de lei específica a tanto autorizando. O referido fundamento é suficiente, na minha compreensão, para bem compor o julgado, por analisar e decidir o núcleo da pretensão nos limites apresentados.

Ouso divergir do eminente Relator e dos eminentes julgadores que negaram provimento ao recurso.

Entendo, sobre o tema, que o simples silêncio da lei a respeito da aplicação da correção monetária aos saldos credores do IPI, quando apurados na escrita fiscal do contribuinte, não constitui obstáculo para o seu reconhecimento.

De início, destaco que, a correção monetária, por força de lei, incide sobre os saldos devedores apurados pela mesma técnica contábil seguida para determinação do IPI, tudo vinculado à obediência do princípio da não-cumulatividade. Essa regra está, desde logo, a demonstrar que a legislação que permite a adoção da correção monetária dos saldos devedores, no processo de apuração do IPI, não impede que o mesmo critério de atualização dos valores componentes da técnica utilizada seja seguido no referente aos créditos.

Impossível a concepção, em nosso ordenamento jurídico, onde impera, como princípio fundamental, a regra da igualdade para situações não diferen-

tes, que se conceda tamanho privilégio ao Fisco, isto é, que, no âmbito de um processo unificado de apuração de saldos credores e devedores para fins tributários, aqueles não sejam corrigidos monetariamente, enquanto esses o são.

A imperar esse sistema desequilibrador da relação contábil-fiscal em análise, tem-se, primeiramente, a prestação de homenagem a se permitir a incidência, sem lei, de imposto sobre correção monetária, o que espelha confisco, e, em segundo lugar, de se incentivar, por via de interpretação e aplicação da legislação tributária, processo de desestabilização e de não confiança no relacionamento Fisco e contribuinte.

Na espécie examinada, ganha relevo, a demonstração feita pelo recorrente, em sua petição inicial, da exigência tributária indevida provocada pelo Fisco, em não admitir a correção monetária dos saldos credores do IPI e exigir, a mesma correção monetária, dos saldos devedores, tudo no mesmo processo de apuração das contas tributárias.

Eis o que esclarece a empresa recorrente (fls. 06/14):

‘E, vista sob o ângulo da relação jurídico-tributária existente entre a Autora e a União Federal, a vedação que ora se questiona:

e) escancara o enriquecimento sem causa que proporciona ao Ente Tributante;

f) retira o caráter jurídico da relação de tributação, transformando-a em odiosa relação de autoritarismo e subordinação.

Primário exemplo numérico permite o perfeito conhecimento do que se está a questionar.

Tomemos, para simplificar, uma operação industrial onde a empresa compra determinada mercadoria por R\$ 100,00, tributada pelo IPI à alíquota de 10%. O crédito de IPI que esta operação lhe gera é igual a R\$ 10,00, exatamente o valor do imposto destacado na nota.

R\$

valor do produto = 100,00

IPI destacado (10%) = 10,00

Comercializando o produto fabricado com esta matéria-prima no mesmo período de apuração do imposto em que a adquiriu (ou seja, dentro do mesmo mês da aquisição), a um preço de R\$ 200,00, sobre a operação incidindo o IPI à mesma alíquota da aquisição, o contribuinte teria um débito do tributo de R\$ 20,00, também exatamente o valor do

imposto destacado na nota de venda. Como o preço do produto é composto por seu valor de aquisição, mais o valor agregado pelo contribuinte, teríamos:

R\$	
valor de aquisição =	100,00
valor agregado =	100,00
valor da venda =	200,00
IPI (10%) =	20,00

Nestas condições, o valor agregado pelo contribuinte ao produto seria igual a R\$ 100,00, igual à diferença entre o valor da matéria-prima e o do produto (R\$ 200,00 - R\$ 100,00 = R\$ 100,00).

Ao encerrar-se o período de apuração, e tendo a comercialização e a venda do produto final ocorrido dentro dele, o contribuinte teria a seguinte situação em sua escrita:

R\$	
IPI creditado	= 10,00
IPI debitado	= 20,00
IPI a recolher	
(débito - crédito) =	10,00

Nesta hipótese, a de que tanto a compra quanto a venda do produto se dão dentro do mesmo período de apuração do IPI, a União receberia ao final do período de apuração:

R\$	
do fornecedor da matéria-prima para o contribuinte =	10,00
do contribuinte	= 10,00
Total de IPI recebido pela União	= 20,00

E nisto se resume toda a sistemática da não-cumulatividade: cada contribuinte somente recolhe ao Ente Tributante o tributo incidente sobre o valor que agregou ao produto. No caso do exemplo, o contribuinte somente paga o tributo incidente sobre os R\$ 200,00 cobrados na venda menos os R\$ 100,00 pagos na aquisição da matéria-prima, subtraindo do valor do IPI destacado em suas notas fiscais de venda o valor do IPI destacado nas notas fiscais de aquisição. E a União, *recebendo de ambos*, recebe o tributo incidente sobre o valor integral do produto final

(independentemente de ser ou não idêntica a alíquota que incidirá em cada etapa).

Mas, pelo fato de não permitir a correção monetária dos saldos credores de IPI apurados pelo contribuinte, a União está desrespeitando este princípio, e por vias oblíquas auferindo ilegal majoração da alíquota do tributo.

Tomando os mesmos dados do exemplo anterior, imaginemos que o contribuinte apenas venha a comercializar o produto fabricado naquelas condições iniciais dentro do período de apuração seguinte. Para não se descapitalizar, certamente reajustaria o preço (R\$ 200,00) pela inflação daquele mês. Considerando uma inflação de 30% ao mês (como a que experimentamos historicamente), e, como dissemos, tão-somente a correção monetária do preço de venda, no mês seguinte o produto seria comercializado por R\$ 260,00.

$$\text{R\$ } 200,00 + (30\% \times \text{R\$ } 200,00) = \text{R\$ } 260,00$$

Sobre este novo preço, que nada mais é além do preço do mês anterior corrigido monetariamente, incidiria o IPI à alíquota de 10%, e o resultado seria o seguinte:

	R\$
valor da matéria-prima corrigido =	130,00
valor agregado corrigido =	130,00
preço de venda corrigido =	260,00
IPI (10%) =	26,00

Note-se que o valor do IPI incidente também segue a simples indexação monetária, ou seja:

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

Ocorre que, ao efetuar a apuração do imposto a pagar neste segundo período de apuração, o contribuinte se veria na seguinte situação, *diante da vedação da correção monetária do crédito acumulado no período de apuração anterior*:

	R\$
IPI creditado no período anterior =	10,00
IPI debitado no período da apuração =	26,00
IPI a recolher (débito - crédito) =	16,00

Nesta segunda hipótese, a de que a venda da mercadoria se deu no período de apuração do IPI seguinte, a União, que já havia recebido ao final do período de apuração em que houve a compra — ou seja, antes —, do fornecedor da mercadoria para o contribuinte, os R\$ 10,00 pagos na compra, receberia do contribuinte mais R\$ 16,00 ao final do período de apuração. E, como os R\$ 10,00 foram pagos antes de ocorrida a inflação incorporada ao preço de venda, e sua correção monetária já pertence à União (por ser o proprietário do valor desde a data de seu recebimento), temos que a União recebeu, sobre aquela etapa da industrialização, a valores do final do segundo período de apuração:

	R\$
valor recebido antes	
do fornecedor da	
matéria-prima para o contribuinte,	
corrigido monetariamente	
(R\$ 10,00 + 30% x R\$ 10,00)	= 13,00
do contribuinte	= 16,00
Total de IPI recebido pela União	= 29,00

Só que somente R\$ 16,00 foram destacados na nota fiscal de venda, e R\$ 29,00 representam 11,15% do valor de venda da mercadoria (R\$ 260,00). Isto significa que, *ao não permitir a atualização monetária do crédito, a União está a auferir mais tributo do que a lei lhe permite.*

E este excesso é exatamente igual à correção monetária que a própria União auferiu, entre um e outro período de apuração, dos R\$ 10,00 que lhe foram pagos por força da operação anterior, no final do período de apuração anterior, a qual ela se nega a reconhecer através da recusa do seu cômputo pelo contribuinte para fins de compensação.

Tudo poderia ser resumido na seguinte circunstância: numa economia inflacionária, não se pode admitir a comparação (e menos ainda compensação) de expressões nominais de moeda de diferentes épocas, pois *a quantidade de moeda não reflete o valor*; sendo este, e não a quantidade de moeda, o parâmetro para comparação ou compensação. Ignorando isto em seu benefício, a União, através da proibição da correção monetária do crédito, recebe um valor em determinada data e posteriormente aceita a compensação somente da *quantidade de moeda* que

recebeu, 'logrando' o contribuinte pela correção monetária do valor, que a quantidade de moeda não indexada não reflete.

Proibindo a correção monetária do crédito do contribuinte, a União termina por ganhar *duas vezes* a correção monetária sobre o IPI incidente nas etapas anteriores da industrialização: uma vez porque a aufere naturalmente por ser proprietária do valor e o ter recebido antes de incorrida a inflação; outra por tributar indevidamente a correção monetária do valor agregado nas etapas anteriores, que está inclusa no preço de venda do produto, *reeditando fase de incidência que já se havia esgotado inclusive com o pagamento do imposto*.

Para incidir apenas sobre o valor agregado ao produto na etapa de industrialização efetuada pelo contribuinte, o valor do tributo a ser recolhido nesta segunda hipótese não poderia ultrapassar a R\$ 13,00, valor resultante da aplicação da alíquota do IPI (10%) sobre R\$ 130,00, ou seja, sobre o valor agregado ao produto pelo contribuinte (R\$ 100,00) corrigido monetariamente ($R\$ 100,00 + 30\% \times R\$ 100,00 = R\$ 130,00$).

E tal legal e correto valor de R\$ 13,00 seria *obtido* pela compensação, com o valor do débito (R\$ 26,00), do valor do crédito antes auferido devidamente corrigido monetariamente, como se vê da equação:

$$R\$ 26,00 - (R\$ 10,00 + 30\% \times R\$ 10,00) = R\$ 13,00$$

Assim, na medida em que a União recebeu efetivamente os R\$ 10,00 (pagos pelo contribuinte ao fornecedor e por este a União) *ao tempo da compra*, no período de apuração anterior, no qual a inflação não o havia atingido, ao receber no período de apuração seguinte os R\$ 13,00 do contribuinte estaria recebendo exatamente aquilo que a legislação lhe confere.

Ao vedar a correção monetária do crédito, a União nada mais faz além de gravar o valor agregado com uma alíquota de 13,30%, e não 10% como previsto em lei, *ou, sob outra ótica, nada mais faz além de burlar a não-cumulatividade, estendendo a incidência do imposto a valores já tributados em operações anteriores*, via nova tributação do valor agregado já antes tributado pelo fornecedor, através da incidência do IPI sobre a sua correção monetária.

O mesmo danoso efeito se verifica quando o contribuinte, do período de apuração em que efetuou a compra da mercadoria até aquele em que efetuou a venda, não aumenta ou aumenta o preço do produto além ou aquém da inflação (aplicando sobre ele no caso dos exemplos reajuste

nulo ou maior ou menor do que 30%). Qualquer que seja a postura comercial do contribuinte, para que o IPI não incida sobre o valor efetivamente agregado à alíquota superior à legalmente fixada, ou volte a incidir sobre valor já tributado, a correção monetária do crédito acumulado é imperiosa.

Dúvida não padece, e isto é de singela compreensão, sobre a iniquidade fiscal que atinge a Autora.

A natural proteção do preço de venda dos efeitos inflacionários provoca um aumento da carga tributária, eis que enquanto o crédito fiscal adjudicado na compra das matérias-primas permanece olímpicamente estagnado pelo seu valor nominal escritural, o débito pela venda reconhece este *plus* inflacionário.

Suporta a Autora, então, em imposto sobre a inflação incorrida e da qual não auferiu vantagens; ao contrário, ao suportar o ônus imposto tem uma perda que, em última análise, redundará em tributação do seu próprio patrimônio, que encolhe no exato valor do imposto indevidamente pago a maior pela não atualização de seu ativo fiscal — o saldo credor do período de apuração anterior.

Ora, o direito não pode fugir da realidade, desconhecendo a existência do fenômeno inflacionário a desvalorizar o valor nominal da moeda.

A inflação é um fato real nas relações econômico-financeiras. O direito, ao desconhecer os seus efeitos concretos, está permitindo, especialmente, no campo da relação jurídico-tributária, que alguém beneficie-se da desvalorização da moeda para não pagar tributos ou para que tal seja exigido de modo indevido.

De há muito, unidos estão os economistas e os juristas no entendimento de que a correção monetária da moeda não altera o seu valor. A jurisprudência, por sua vez, entende, de modo pacífico, segundo comandos legais, que nenhum tributo pode incidir sobre os valores decorrentes da correção monetária, porque ela nada acresce, por, apenas, ajustar a força da moeda ao real valor que tem na época de sua circulação.

O posicionamento jurisprudencial a respeito da aplicação da correção monetária tem sido no sentido de que 'a atualização monetária não constitui acréscimo, senão resgate do valor real da moeda corroído pelo fenômeno inflacionário', pelo que 'não há qualquer aumento no valor corrigido, mas sua simples preservação'. (REsp n. 68.033/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 20.11.1995, p. 39.562).

Por outro ângulo, o colendo Supremo Tribunal Federal tem compreendido ser de natureza infraconstitucional o debate sobre a aplicação da correção monetária em qualquer tipo de relação jurídica.

Entende, também, a jurisprudência que a aplicação da correção monetária pode ser feita sem a existência de lei que a determine, conforme expressa, entre outros, a decisão seguinte:

‘É entendimento já consolidado desta Corte de que a evolução dos fatos econômicos tornou insustentável a não-incidência da correção monetária, sob pena de prestigiar-se o enriquecimento sem causa do devedor, sendo ela imperativo econômico, jurídico e ético indispensável à plena indenização dos danos e ao fiel e completo adimplemento das obrigações’ (RSTJ 84/268).

Em outra decisão assentou o STJ que:

‘Não constituindo a correção monetária *in plus*, mas mero instrumento de atualização da moeda desvalorizada pela inflação, deve ela incidir mesmo nos contratos pactuados sem sua previsão’ (STJ-RT 661/181).

O argumento de que a correção monetária só é cabível quando a lei expressamente autorizar não encontra agasalho nos pronunciamentos jurisprudenciais, conforme revela, por exemplo, entre tantas outras decisões, a que registro a seguir: ‘A jurisprudência do Supremo é pacífica o sentido de que, no ilícito contratual, é devida a correção monetária independentemente da Lei n. 6.899’ (RTJ 122/419). Ainda: ‘O ilícito contratual é fonte direta de correção monetária, ainda que a lei ou o contrato não a tenha previsto’ (RTJ 121/761). (**Theotônio Negrão**, 29^a ed., Saraiva, p. 1.395).

Diante do exposto, razões de natureza jurídica, econômica e ética conduzem o intérprete a entender como aplicável à correção monetária nos saldos credores do IPI, em face de, assim não sendo permitido ao contribuinte proceder, conforme já demonstrado, pagar imposto sobre correção monetária, quando inexistente qualquer previsão legal para tal obrigação.

No trato da correção monetária sobre saldos credores apurados para fins de ICMS, cujo procedimento é o mesmo do IPI, manifestei igual entendimento ao votar no REsp n. 100.456/SP, defendendo o que transcrevo:

‘O recurso especial examinado está fundado na letra **c**, inciso III, art. 105 da CF, por entender que a veneranda decisão recorrida diverge de decisão desta Corte.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento. O tema central a ser enfrentado por esta Turma já tem vários precedentes defendendo a linha desenvolvida pela Recorrente.

Na verdade, harmoniza-se com as regras tributárias do nosso ordenamento jurídico a incidência da correção monetária sobre créditos do ICMS tardiamente utilizados.

Registro, no trato da questão, os julgados seguintes:

a) REsp n. 76.214/SP, relatado pelo eminente Ministro José de Jesus Filho, com ementa publicada no DJ de 05.02.1996, p. 1.370, e assim posta:

‘Tributário. Ação declaratória. Correção monetária. Crédito extemporâneo. Reconhecimento. Cabimento.

I - Esta colenda Turma já reconheceu a legalidade da incidência da correção monetária, em casos tais. É que o reajuste monetário visa, exclusivamente, a manter no tempo o valor real da moeda. Precedentes.

II - Recurso conhecido e provido’.

b) REsp n. 68.033/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 20.11.1995, p. 39.562, cuja ementa afirma:

Tributário. ICMS. Incidência da correção monetária em crédito extemporâneo reconhecido. Cabimento.

I - A atualização monetária não constitui ‘acréscimo’, senão resgate do valor real da moeda corroído pelo fenômeno inflacionário. Não há qualquer aumento no valor corrigido, mas sua simples preservação.

II - Recurso provido’.

A doutrina comunga, igualmente, do mesmo entendimento.

Salutar se registrar o pensamento sobre o assunto, manifestado por **Aires F. Barreto**, em artigo sob o título ‘Tributos e Indexação’, in Revista de Direito Tributário, vol. 60, pp. 15 e 16, do teor seguinte:

‘Créditos de ICMS e correção monetária.

O creditamento tardio.

São comuns os casos de contribuintes de ICMS (ou do antigo ICM) que, em razão de características próprias das atividades a que se dedicam, não têm condições de aproveitar, imediatamente,

os créditos de ICMS (ou até do antigo ICM) a quem tem jus, de acordo com a Constituição e com a lei. Diante dessa impossibilidade, os créditos de ICMS acumulam-se em suas contabilidades por meses e até por anos. E, como ali estão lançados pelo seu valor nominal, quando surge a oportunidade de utilizá-los, o montante respectivo já está substancialmente corroído pela desvalorização da moeda. Inviabiliza-se, assim, a recomposição de seu patrimônio. Este, com o passar do tempo, sofre diminuição.

Impõe-se, destarte, para cumprir a Constituição, a correção desses créditos. Não se olvide que débito e crédito de ICMS são categorias jurídicas distintas, correspondendo a direitos diversos, opostos e contrastantes, além de reciprocamente independentes e autônomos como tão bem o demonstrou **Cléber Giardino** (RDT 29/110). Desencadeiam relações jurídicas autônomas, nas quais credor e devedor alternam-se: o Estado é credor na primeira e o contribuinte na outra e vice-versa.

Submetem-se, enfim, a princípios, critérios e regras de interpretação totalmente distintos, porque diferentes são suas funções e natureza jurídica. Em outras palavras: como o débito do ICMS (a cargo do contribuinte) é de natureza tributária, ao regime próprio da espécie se submete. Já o crédito (direto do contribuinte) é mera figura financeira, operante na fase (momento) do pagamento, por compensação. Funciona como moeda de pagamento. Tem sua operacionalidade limitada à função de atender ao 'abatimento' constitucionalmente previsto (**Geraldo Ataliba**, RDT 29/110).

Assim, por esse mecanismo, o Estado pode exigir, a final, o recolhimento de uma importância que corresponde ao resultado do cálculo do ICMS sobre o valor da operação, menos o valor do ICMS correspondente às operações anteriores. Vê-se que o 'crédito' de ICMS serve para o contribuinte pagar, parcialmente, por compensação, o seu débito tributário (recolhendo o saldo devedor em dinheiro).

Apenas o saldo é recolhido em dinheiro, diretamente aos cofres do Estado. Enfim, o ICMS é imposto que se paga parte em dinheiro e parte com créditos escriturais, constitucionalmente qualificados.

Tudo que se refere ao abatimento de ICMS (crédito) — seja a extensão desse direito, sua natureza, montante, oportunidade de

apropriação, compensação com ICMS devido etc. — envolve-se num regime legal de direito constitucional-financeiro, alheio ao regime jurídico do tributo, nada tendo a ver com a disciplina da incidência, base imponible, alíquota e outros aspectos do imposto. A mais evidente demonstração disso está em que — na relação de ‘crédito de ICMS’ — o Estado é devedor e o contribuinte credor; e, na relação (tributária) de ‘débito de ICMS’, o Estado é credor e o contribuinte devedor. Somente à luz dessas premissas será possível estudar o ‘crédito de ICMS’.

Reiteradas lições — infelizmente nem sempre bem apreendidas — de **Geraldo Ataliba** e de **Cléber Giardino**, demonstram, de modo irrefutável, que o chamado ‘direito ao crédito’ não decorre, não nasce de ‘lançamentos’ anteriores. A gênese do crédito, o fato que constitucionalmente determina o surgimento desse direito é verdadeiramente a aquisição, por alguém — qualificado como contribuinte do tributo — a outro contribuinte, da titularidade de mercadorias (neste conceito pressuposta a destinação desses bens — por isso ‘mercadorias’ — a futuras operações mercantis). Já se vê que a esse conceito é estranha a presença ou não de anteriores ‘lançamentos’ de ICMS. Com ou sem tais lançamentos, o ‘crédito de ICMS’ surge, **ex vi** da Constituição (df. RDT 298).

Porque a moeda não mais cumpre sua função de medida de valor, o imposto devido pela realização de operação mercantil deve ser sempre atualizado. Fazê-lo, porém, exige a adoção do mesmo critério de atualização relativamente às compensações a que têm jus os contribuintes”.

Acrescento parte da síntese conclusiva firmada pelo ilustre doutrinador citado, p. 20:

“Se o contribuinte empresa tem que dispor de menos crédito ou de outro ângulo, arcar com maior débito, descumprindo está o princípio da não-cumulatividade. Como o crédito é uma das ‘moedas’ para pagar o ICMS, se ocorrer a diminuição do crédito (em termos reais) o contribuinte tem maior dispêndio. O contribuinte vê seu débito aumentado em desconformidade com a compensação constitucionalmente prevista. O ICMS deixa de ser não-cumulativo para ser parcialmente cumulativo. E isso repugna à Constituição.

Ademais, sendo desembolso de uma das moedas de pagamento maior, é inexorável que, ou se elevou a base ou se elevou a alíquota. Ora, como a base continua sendo o valor da operação mercantil (ou o da prestação de serviço) é forçoso concluir que há aumento de imposto, pela oblíqua elevação da alíquota, sem previsão legal.

Assim, a não-correção de créditos de ICMS implica cumulativas ofensas à Constituição:

a) fere o princípio da compensação, porque os créditos do Estado são corrigidos e os do contribuinte não o são; ora, só há verdadeira compensação quando os termos compensáveis são homogêneos; e, homogeneidade só há se os dois valores (crédito e débito) forem apurados segundo a mesma medida (ou ambos valores reais, ou ambos valores nominais);

b) fere o princípio da não-cumulatividade, porque a compensação, pelo valor nominal equivale à compensação parcial e, conseqüentemente, transforma o ICMS em imposto parcialmente cumulativo;

c) fere o princípio da estrita legalidade, porque maior dispêndio equivale a aumento de imposto, sem lei;

d) fere o preceito do art. 150, II, na medida que exige menor desembolso dos contribuintes cujo giro de negócios é ágil, em confronto com aqueles, cujas atividades se desenvolvem em áreas econômicas mais lentas.

Em suma, se o 'crédito de ICMS' é moeda de pagamento parcial de tributo — constitucionalmente prevista para tanto — não há por que não ser corrigido monetariamente.

A sua correção implica aumento da carga tributária, significando maior receita para o Fisco: isto configura enriquecimento ilícito (que só se evita pela correção).

Os desembolsos do contribuinte devem ser nos montantes estritamente decorrentes do esquema constitucional, tal como legalmente estabelecido.

Não há como fugir à adoção de correção de um dos termos 'compensáveis', sem estabelecer desequilíbrio constitucionalmente não consentido.

Ou se admite a corrosão inflacionária como fenômeno inexorável, a desmerecer reparos jurídicos — prejudicando igualmente Fisco e contribuinte — ou se reage, prevendo correção restauradora de valores. Neste caso, é inexorável que os dois valores envolvidos devam ser igualmente preservados.

Seria despropositado só corrigir o ‘crédito’, em dano ao Fisco, da mesma forma que é inaceitável corrigir só o débito, em prejuízo do contribuinte”.

Igual compreensão sobre o tema foi explicitada por **Xavier de Albuquerque**, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal e advogado, em parecer publicado na RDT, vol. 59, pp. 56/72, onde está registrado, após exaustiva análise da questão, o que se cita:

“No Superior Tribunal de Justiça, que sucedeu ao Supremo Tribunal Federal na competência para o exame da matéria em perspectiva infraconstitucional, também vacilou a jurisprudência, com acórdãos dissonantes das duas Turmas integrantes da Primeira Seção. Provocada, esta, todavia, em embargos de divergência, a maioria de seus juízes confluuiu para a uniformização da jurisprudência em favor da tese favorável à admissão da correção monetária dos critérios retardatários. Deu-se isso no julgamento, a 21.08.1990, dos EREsp n. 1.472 quando se tornou Relator para o acórdão o Ministro Ilmar Galvão. A ementa consignou:

‘(...)

‘Uniformização que se opera em favor da tese consagrada na decisão embargada.

‘Correção monetária irrecusável, em face dos efeitos da inflação sobre o crédito que o contribuinte não pode desfrutar no devido tempo, em razão de embargos opostos pelo Fisco. Ausência de óbice legal ao reconhecimento, em ação declaratória, de direito subjetivo a crédito fiscal pelo respectivo valor corrigido.

‘Embargos rejeitados’.

No voto condutor desse decisivo aresto, cuja cópia obtivemos e consultamos, o Ministro Ilmar Galvão fez implícito reparo, na mesma linha de nosso entendimento, há pouco reiterado, à orientação final prevalecente no Supremo Tribunal Federal. E disse: “O argumento, o fundamento que se invoca para recusar-se a correção

monetária, é que se trata de ação declaratória em que não houve pagamento. Então é que vem, no meu entender, a premissa falsa. Porque se o importador, o comerciante, deixou de creditar-se daquela quantia, é claro que desembolsou a quantia, porque o ICM, como se sabe, é um imposto apurado por quinzena, sob sistema de lançamentos correntes de créditos e débitos. Ao final da quinzena, apura o contribuinte o que está devendo e recolhe. Um contribuinte que deixou de creditar-se, naquele período, de uma determinada quantia, claro que teve o seu saldo devedor acrescido da correspondente quantia e, conseqüentemente, também o **quantum** a pagar”.

Pouco depois desse julgamento, a mesma Primeira Seção reiterou seu entendimento, ainda por maioria de votos, nos EREsp n. 421, julgados a 13.11.1990, tornando-se Relator para o acórdão o Ministro Vicente Cernicchiaro.

IX - Créditos acumulados e correção monetária

Por todo o exposto, não vemos como se possa razoavelmente repudiar a admissibilidade da correção monetária dos créditos de ICM e/ou ICMS que o contribuinte venha a acumular em sua conta corrente fiscal. Essa situação, quiçá pouco freqüente, não é insólita. “Poderá haver — exemplifica **Gilberto de Ulhôa Canto** — ‘a situação oposta, como a de empresa que tenha tanto crédito que pode deixar por algum tempo de efetuar recolhimentos do ICM, como no caso de quem estocou muitas mercadorias adquiridas por preços relativamente altos e tem de vender num mercado de procura escassa e por preços não muito elevados, caso no qual os créditos acumulados nas aquisições sustentarão os débitos decorrentes das vendas, sem necessidade de recolhimentos’.

Todos os caminhos, pelo contrário, levam à conclusão da admissibilidade de tal correção: seja o emprego do instrumental dogmático pertinente à compensação que o sistema constitucional impõe como traço da não-cumulatividade do tributo, seja o recurso à analogia ou ao princípio eterno do Direito — na linguagem expressiva de **Agostinho Alvim** — que proscreve o enriquecimento sem causa.

Aos dois últimos processos jurídicos de análise da questão, também preside, latente mas sobranceiro, o princípio isonômico.

Registram-no **Geraldo Ataliba e Aires F. Barreto**, no parecer tantas vezes mencionado (fls. 38/39): ‘Curioso é que se a situação fosse inversa — ou seja, se o contribuinte se creditasse por valor maior do que aquele a que fazia jus — isso implicaria desembolso menor, para pagamento do ICMS devido. Equivale dizer que o Fisco receberia menor quantidade de moeda. Tais correlações são matemáticas e inconfutáveis. Só que, neste caso, não se levantariam dúvidas — como até aqui não se levantaram — sobre o direito de o Fisco exigir a reposição do patrimônio estadual, pela aplicação da correção monetária sobre a diferença a haver. Ora, que ordenamento jurídico é esse que o Estado assegura a correção de seus créditos, mas não a correção de seus débitos? Onde o tratamento isonômico entre as duas — substancialmente — idênticas situações?’

Deve acrescentar-se, para reforço do argumento isonômico, que, numa economia marcadamente inflacionária como teima em ser a nossa, a índole e o mecanismo do ICM e/ou ICMS permitem que, numa situação de acumulação de créditos do contribuinte, sejam os seus débitos, que se originam das saídas e constituem, no reverso, créditos na Fazenda Pública, atualizados de modo virtual, pela só elevação periódica e sistemática — reparadora da erosão monetária, ao invés de incrementadora do lucro real — dos preços de venda das mercadorias.

A doutrina registra o fenômeno que, conquanto econômico, guarda relevância jurídica. ‘No caso de imposto **ad valorem**’ — anotam **Henry Tilbery e Ives Gandra da Silva Martins**, referindo-se ao ICM e ao IPI — ‘não há necessidade de indexação já que a base de cálculo desses impostos automaticamente acompanha a evolução dos preços’. Outro tanto foi observado por **Amílcar de Araújo Falcão**, nestes termos: ‘No mundo econômico, ante a inflação, a correção monetária se faz espontaneamente, por um simples impulso instintivo, no que diz respeito às prestações instantâneas’.

X - Conclusão

É afirmativa, à luz das considerações anteriormente expendidas, nossa resposta à indagação da consulente’.

Por tais fundamentos, dou provimento ao recurso.’

Penso que tudo o que foi desenvolvido no voto supramencionado, inclusive as manifestações doutrinárias referidas, merece aplicação ao IPI, no tocan-

te à correção monetária do saldo credor apurado para fins de determinação do valor do imposto devido.

Em face do exposto, com o meu pedido de vênia aos entendimentos em sentido contrário, voto pelo provimento do recurso.”

No entanto, a Primeira Turma desta colenda Corte, vem se posicionando no sentido oposto, ou seja, de não ser devida a correção monetária dos saldos credores do IPI, nos termos das seguintes decisões:

“Constitucional e Tributário. Mandado de segurança. IPI. Isenção e alíquota zero. Princípio da não-cumulatividade. Creditamento do imposto. Artigo 153, II, da CF. CTN, artigo 49. Não-incidência de correção monetária e juros.

— Na saída com alíquota zero se não houve recolhimento do IPI na entrada da matéria-prima, não há creditamento.

— O creditamento do IPI em decorrência de aquisição de matérias-primas incorporadas ao produto final ou semifinal, favorecidas com isenção do imposto, tem amparo no princípio constitucional da não-cumulatividade.

— Inteligência das disposições constitucionais e legais que, no tocante ao IPI, regulam a não-cumulatividade e as isenções (art. 153, § 3º, II, da CF/1988 e artigo 49 do CTN).

— A correção monetária incide sobre o crédito tributário devidamente constituído, ou quando recolhido em atraso. Diferencia-se do crédito escritural, técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos, a fim de fazer valer o princípio da não-cumulatividade.

— Recurso improvido.”

(REsp n. 416.333/PR, DJ de 19.08.2002, Rel. Min. Luiz Fux)

“Tributário. IPI. Princípio da não-cumulatividade. Artigo 49 do CTN. Créditos escriturais. Não-incidência da correção monetária. Precedentes jurisprudenciais.

— Inteligência das disposições constitucionais e legais que regulam a não-cumulatividade e as isenções (art. 153, § 3º, II, da CF/1988 e artigo 49 do CTN) do IPI.

— A correção monetária incide sobre o crédito tributário devidamente constituído, ou quando recolhido em atraso. Diferencia-se do crédito escritural, técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos, a fim de fazer valer o princípio da não-cumulatividade.

— Não havendo previsão, falece ao aplicador da lei autorizar, ou mesmo admitir, sejam os saldos de créditos relativos ao IPI corrigidos monetariamente, sob pena de infringir a legalidade, sobrepondo-se às suas funções, fazendo as vezes de legislador, desautorizadamente.

— O Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente decidindo que a correção monetária não incide sobre os créditos escriturais.

— Recurso provido.”

(REsp n. 396.837/SC, DJ de 19.08.2002, Rel. Min. Luiz Fux)

“Tributário — IPI — Créditos escriturais — Correção monetária — Não-incidência.

— O IPI será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores (CF, artigo 153, parágrafo 3º, inciso II), dispondo a lei de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados, transferindo-se o saldo verificado para o período ou períodos seguintes (CTN, artigo 49).

— O Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente decidindo que a correção monetária não incide sobre os créditos escriturais.

— Recurso improvido.”

(REsp n. 212.899/RS, DJ de 07.02.2000, Rel. Min. Garcia Vieira)

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

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

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

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

(AgRg no RE n. 298.645/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 1º.02.2002)

“ICMS: Aproveitamento de créditos escriturais que deixaram de ser lançados na época própria: Correção monetária: Inadmissibilidade em face do princípio da não-cumulatividade.

— Firmou-se o entendimento de ambas as Turmas do STF no sentido de que atualização monetária dos créditos escriturais de ICMS é incompatível com o princípio constitucional da não-cumulatividade (CF, art. 155, § 2º, I).”

(AgRg no RE n. 278.726/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 04.12.2001)

“A jurisprudência de ambas as Turmas é firme no sentido de entender inexistente a ofensa aos princípios da isonomia e não-cumulatividade, no fato de a legislação estadual não autorizar a correção monetária de créditos escriturais de ICMS. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no Ag Criminal n. 273.297/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie)

“Tributário. ICMS. Estado de São Paulo. Correção dos créditos acumulados. Princípios da não-cumulatividade e da isonomia.

— O sistema de créditos e débitos, por meio do qual se apura o ICMS devido, tem por base valores certos, correspondentes ao tributo incidente sobre as diversas operações mercantis, ativas e passivas, realizadas no período considerado, razão pela qual tais valores, justamente com vista à observância do princípio da não-cumulatividade, são insuscetíveis de alteração em face de quaisquer fatores econômicos ou financeiros.

— De ter-se em conta, ainda, que não há falar, no caso, em aplicação do princípio da isonomia, posto não configurar obrigação do Estado, muito menos sujeita a efeitos moratórios, eventual saldo escritural favorável ao contribuinte, situação reveladora, tão-somente, de ausência de débito fiscal, este sim, sujeito a juros e correção monetária, em caso de não-recolhimento no prazo estabelecido.

— Recurso conhecido e provido.”

(RE n. 195.902/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 20.11.1998)

“1. Recurso extraordinário. 2. Correção monetária de créditos de ICMS. Inexistência, à época, de previsão legal. 3. Não há ver, pois, ofensa aos princípios da isonomia e da não-cumulatividade. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no RE n. 237.141/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 24.05.2002)

“1. A jurisprudência de ambas as Turmas continua firme no sentido de entender inexistente ofensa aos princípios da isonomia e não-cumulatividade no fato de a legislação estadual não autorizar a correção monetária de crédi-

tos escriturais de ICMS. 2. Os arestos da Segunda Turma colacionados no agravo são anteriores ao julgamento dos precedentes citados no despacho agravado, o que demonstra estar superado o entendimento nele esposado. 3. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no Ag n. 279.226/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 24.05.2002)

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

— Decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal no julgamento de causas do Estado de São Paulo, no sentido de não haver ofensa aos princípios da não-cumulatividade e da isonomia no fato da legislação estadual não autorizá-la.

— Orientação que vale para outros Estados, inclusive o Paraná, que só veio a permitir a correção com o Decreto Estadual n. 3.001/1994.

— Tendo sido postulada a correção monetária para créditos de janeiro a julho de 1990, não merece acolhimento a pretensão da agravante.

— Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no RE n. 283.411/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 26.04.2002)

“Recurso extraordinário — ICMS — Saldo escritural — Correção monetária pretendida pelo contribuinte — Inadmissibilidade — Recurso de agravo improvido.

— A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não reconhecer, ao contribuinte do ICMS, o direito à correção monetária dos créditos escriturais excedentes, enfatizando, ainda, que essa recusa não configura hipótese caracterizadora de ofensa aos postulados constitucionais da não-cumulatividade e da isonomia. Precedentes.”

(AgRg no RE n. 277.614/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello)

“Recurso extraordinário — ICMS — Saldo escritural — Correção monetária pretendida pelo contribuinte — Inadmissibilidade — Recurso de agravo improvido.

— A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não reconhecer, ao contribuinte do ICMS, o direito à correção monetária dos créditos escriturais excedentes, enfatizando, ainda, que essa recusa não configura hipótese caracterizadora de ofensa aos postulados constitucionais da não-cumulatividade e da isonomia. Precedentes.”

(AgRg no RE n. 231.195/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 09.11.2001)

“Agravamento regimental em recurso extraordinário. ICMS. Correção monetária do débito fiscal e inexistência de previsão legal para atualização do crédito tributário. Alegação de ofensa ao princípio da isonomia e ao da não-cumulatividade.

1. Creditamento do ICMS. Natureza meramente contábil. Operação escritural, razão por que não se pode pretender a aplicação do instituto da correção monetária.

2. A atualização monetária do crédito do ICMS, por não estar prevista na legislação local, não pode ser deferida pelo Judiciário sob pena de substituir-se ao legislador estadual em matéria de sua estrita competência.

3. Alegação de ofensa ao princípio da isonomia e ao da não-cumulatividade do tributo. Improcedência. Se a legislação estadual só previa a correção monetária do débito e vedava a atualização do crédito tributário, não há como falar-se em tratamento desigual a situações equivalentes.

4. A correção monetária incide sobre o débito tributário devidamente constituído, ou quando recolhido em atraso. Diferencia-se do crédito escritural — técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos, a fim de fazer valer o princípio da não-cumulatividade.

— Agravamento regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no RE n. 278.931/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 11.10.2001)

“ICMS. Pretensão de correção monetária de créditos acumulados. Improcedência dessa pretensão. Precedentes do STF Recurso extraordinário conhecido e provido.”

(RE n. 291.487/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 26.10.2001)

“Tributário. ICMS. Correção de créditos escriturados anteriormente a janeiro/1994. Afronta aos princípios da não-cumulatividade, da isonomia e da legalidade.

— Ausência de prequestionamento quanto aos dois últimos temas.

— Ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal já se manifestaram no sentido de que não têm os contribuintes do ICMS o direito de corrigir monetariamente os créditos escriturais excedentes, obtidos antes de janeiro/1994 (RE n. 213.583, Rel. Min. Maurício Corrêa, e AgRg no Ag n. 181.138, Rel. Min. Moreira Alves).

— Recurso conhecido e provido.”

(RE n. 280.988/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18.06.2001)

“Constitucional. Tributário. ICMS. Créditos acumulados: Correção monetária.

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

II - RE provido. Agravo não provido.”

(AgRg no RE n. 306.902/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 1^a.02.2002)

“Tributário. ICMS. Correção monetária de créditos. Sua vedação. Precedente do STF. Fundamentos da decisão agravada não afastados. Regimental não provido.”

(AgRg no Ag n. 307.816/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 08.06.2001)

Assim, com base nos julgados deste Sodalício e do distinto STF, há de se concluir que “o art. 153, § 3^a, III, da Constituição Federal de 1988, c.c. os arts. 49 do CTN, e 81 do Decreto n. 87.981/1992, estabelecem que o IPI não é imposto cumulativo, devendo ser compensado o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, dispondo a lei de forma tal que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados, transferindo-se o saldo verificado para o período ou períodos seguintes.

Tem-se, portanto, que a natureza do ‘crédito’ do IPI é meramente contábil ou escritural, o que torna impossível de corrigi-lo monetariamente, visto que a operação meramente escritural não tem expressão ontologicamente monetária, razão pela qual não se pode pretender aplicar o instituto da correção ao seu credi- tamento”.

Em face da orientação seguida por esta colenda Casa Julgadora, exercendo a sua função uniformizadora, não ousou contrariar a jurisprudência que firmou. Esse é o posicionamento que passo a seguir, por entender ser o mais coerente.

Assim, com a ressalva do meu ponto de vista em sentido contrário, *nego* pro- vimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 591.961 — DF (2003/0176465-4)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal — ADPF

Advogados: Antônio Torreão Braz Filho e outros

Recorrida: União

EMENTA

Previdenciário. Servidores públicos. Salário de contribuição sobre diária de viagem. Inclusão. Art. 1^a da Lei n. 9.783/1999.

1. A Previdência Social é instrumento de política social do governo, sendo certo que sua finalidade primeira é a manutenção do nível de renda do trabalhador em casos de infortúnios ou de aposentadoria, abrangendo atividades de seguro social definidas como aquelas destinadas a amparar o trabalhador nos eventos previsíveis ou não, como velhice, doença, invalidez, aposentadorias, pensões, auxílio-doença e auxílio-acidente do trabalho, além de outros benefícios ao trabalhador

2. A concessão dos benefícios restaria inviável não houvesse uma contraprestação que assegurasse a fonte de custeio.

3. Consectariamente, o fato ensejador da contribuição previdenciária não é a relação custo-benefício e sim a natureza jurídica da parcela percebida pelo servidor, que encerra verba recebida em virtude de prestação do serviço.

4. As diárias de viagens não integram o salário de contribuição, desde que não excedam a 50% da remuneração mensal do empregado. (Art. 1^a da Lei n. 9.783/1999).

5. Deveras, as normas tributárias isentivas são de interpretação estrita, não havendo como se conferir a alforria fiscal (art. 111, CTN).

6. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

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

Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 02 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 22.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal — ADPF (fls. 218/226), com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

“Constitucional. Previdenciário e Processo Civil. Contribuição social para o plano de seguridade social. Lei n. 9.783/1999. Incidência sobre diárias de viagem. Valor superior a 50% da remuneração. Possibilidade.

1. As diárias de viagens desde que não ultrapassem 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal paga ao servidor, estão excluídas da incidência da contribuição social instituída pelo art. 1º da Lei n. 9.783/1999.” (Fl. 201)

Noticiam os autos que a recorrente impetrou mandado de segurança objetivando a declaração de inexigibilidade da cobrança de seus associados da contribuição previdenciária incidente sobre as diárias de viagens que excedessem a metade da remuneração do servidor.

Em primeira instância, reconhecendo a inconstitucionalidade das expressões “desde que não ultrapassem a cinquenta por cento da remuneração”, a segurança foi concedida para conjurar a incidência da contribuição previdenciária sobre os valores indenizados. Interposta apelação, o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu provimento ao recurso, consoante acórdão acima transcrito. Sobrevieram embargos de declaração para fins de prequestionamento, mas foram rejeitados, sob a alegação de ausência de qualquer dos vícios apontados.

A recorrente, em suas razões, sustenta, em síntese, que o acórdão impugnado infringiu o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.783/1999; arts. 49, § 1º, e 51 da Lei n. 8.112/1990 e o art. 1º, III, da Lei n. 8.852/1994, bem como divergiu da interpretação dada à matéria pelo STJ, no REsp n. 49.521/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, cujo acórdão está resumido na seguinte ementa:

“Previdência Social. Contribuições previdenciárias. FGTS de empregados não optantes. Licença-prêmio não gozada. Decreto n. 83.081/1979, art.

41. No regime do Decreto n. 83.081/1979, não estão sujeitos às contribuições previdenciárias os valores recebidos a título de indenização por licença não gozada. Recurso especial conhecido e provido em parte.”

A União, em contra-razões (fls. 245/248), pugna pelo não-conhecimento do recurso, sob o fundamento de que a matéria versada no acórdão recorrido é constitucional.

O recurso especial foi inadmitido pelo Tribunal **a quo**, subindo os autos mediante a interposição de agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso especial, posto que prequestionados os dispositivos legais supostamente violados. Entretanto, não conheço do dissídio jurisprudencial, porquanto a matéria tratada no aresto paradigma diz respeito à incidência da contribuição previdenciária sobre licença-prêmio e férias não gozadas.

Consoante é de sabença, a Previdência Social é instrumento de política social do governo, sendo certo que sua finalidade primeira é a manutenção do nível de renda do trabalhador em casos de infortúnios ou de aposentadoria, abrangendo atividades de seguro social definidas como aquelas destinadas a amparar o trabalhador nos eventos previsíveis ou não, como velhice, doença, invalidez, aposentadorias, pensões, auxílio-doença e auxílio-acidente do trabalho, além de outros benefícios ao trabalhador.

Por seu turno, o artigo 195, § 5º, da Carta Magna, determina que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. Assim, a concessão dos benefícios restaria inviável não houvesse contraprestação que assegurasse a fonte de custeio.

Como é cediço, o sistema de Previdência Social vem sendo reformulado no afã de imprimir uma melhor distribuição de rendas, bem como reduzidas as desigualdades sociais, como revelou-se o escopo da Emenda Constitucional n. 20 de 15.12.1998, que trouxe novos contornos à Previdência Social, que assim dispõe, **in verbis**:

“Art. 201. A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei a:

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.”

No que pertine aos servidores públicos, dita redação foi mantida no artigo 40 do mesmo diploma legal, **in verbis**:

“Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo”.

Consoante se observa, foi assegurado aos servidores públicos regime de previdência de caráter contributivo, verificando-se os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, bem como previstas regras gerais de aposentadoria para os servidores titulares de cargos efetivos, sem alterar, no entanto, a forma de incidência da mencionada exação.

Deveras, o fato ensejador da contribuição previdenciária não é a relação custo-benefício e sim a natureza jurídica da parcela percebida pelo servidor, vale dizer: tratando-se de verba recebida em virtude de prestação do serviço exercido, deverá necessariamente contribuir para a Previdência Social.

É o entendimento que deflui da Lei n. 9.783/1999, artigo 1º, **in verbis**:

“Art. 1º A contribuição social do servidor público civil, ativo ou inativo, e dos pensionistas dos três Poderes da União, para a manutenção do regime de Previdência Social dos seus servidores, será de onze por cento, incidente sobre a totalidade da remuneração de contribuição, do provento ou da pensão.

Parágrafo único. Entende-se como remuneração de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido de vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual, ou quaisquer vantagens, ou outra paga sob o mesmo fundamento.”

Destaque-se que o dispositivo legal acima mencionado inclui a expressão quaisquer vantagens, dentre os valores sobre os quais deve incidir a alíquota pecuniária.

In casu, a lei que dispõe sobre a contribuição para o custeio da Previdência Social dos servidores públicos ativos e inativos faz incidir a alíquota previdenciária

sobre as diárias de viagens que excedam a metade da remuneração do servidor, consoante se depreende do art. 1º da Lei n. 9.783/1999 abaixo transcrita:

“Art. 1º A contribuição social do servidor público civil, ativo e inativo, e dos pensionistas dos três Poderes da União, para a manutenção do regime de Previdência Social dos seus servidores, será de onze por cento, incidente sobre a totalidade da remuneração de contribuição, do provento ou da pensão.

Parágrafo único. Entende-se como remuneração de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual, ou quaisquer vantagens, inclusive as relativas à natureza ou ao local de trabalho, ou outra paga sob o mesmo fundamento, *excluídas*:

I - as diárias para viagens, desde que não excedam a cinquenta por cento da remuneração mensal; (Vide Medida Provisória n. 2.216-37, de 31.08.2001)

II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede;

III - a indenização de transporte;

IV - o salário-família.”

Deveras, o Superior Tribunal de Justiça, analisando a matéria sob debate, assentou o entendimento no sentido de que as diárias de viagens integram o salário de contribuição, desde que excedam a 50% da remuneração mensal do empregado, como se colhe dos seguintes precedentes:

“Previdenciário e Processual Civil. Nulidade do acórdão. Inexistência. Salário de contribuição. Diária de viagem. Inclusão. Art. 28, § 9º, da Lei n. 8.212/1991. Matéria fática. Súmula 07/STJ.

1. Rejeitada a preliminar de nulidade do acórdão.

2. A teor do art. 28, § 9º, da Lei n. 8.212/1991, as diárias de viagem que não excedam a 50% da remuneração mensal do empregado não integram o salário de contribuição.

3. Inadmissível o reexame de prova em sede de recurso especial.

4. Violação a dispositivo de lei federal não caracterizada.

5. Recurso não conhecido. (REsp n. 219.769/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 08.05.2000)

“Previdenciário. Mandado de segurança. Contribuição. Servidores com gratificação ou exercendo cargos em comissão.

1. Não há amparo do ordenamento jurídico à pretensão de servidores públicos que recebem gratificações ou que exerçam cargos em comissão de não recolherem contribuição previdenciária.

2. A Lei n. 9.783, de 28 de janeiro de 1999, que dispõe sobre a contribuição para o custeio da Previdência Social dos servidores públicos ativos e inativos, só excluiu as diárias para viagens, desde que não excedam cinquenta por cento da remuneração mensal, a ajuda de custo em razão de mudança de sede, a indenização de transporte e o salário-família (art. 1º, parágrafo único).

3. O Poder Judiciário não pode conceder isenção por interpretação jurisprudencial.

4. Recurso improvido.” (ROMS n. 12.492/DF, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 23.04.2001)

Por derradeiro, assente-se que as normas tributárias isentivas são de interpretação estrita, não havendo como se conferir a alforria fiscal (art. 111, CTN).

Isto posto, *nego provimento* ao recurso especial.
