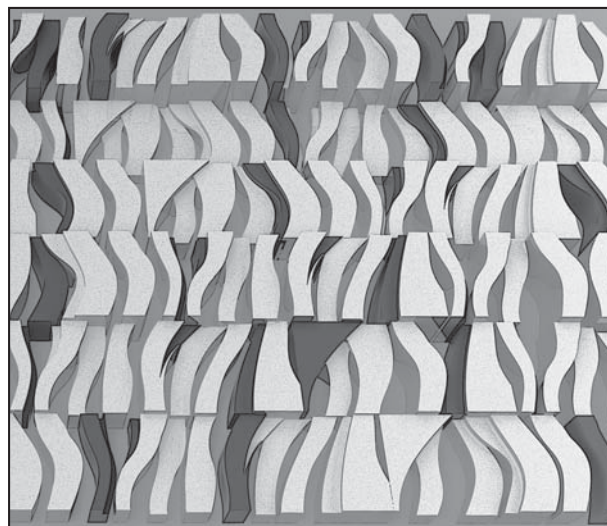


REVISTA DE SÚMULAS

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA DE SÚMULAS

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

VOLUME 36, ANO 7
JUNHO 2013

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretora

Ministra Nancy Andrighi

Chefe de Gabinete

Marcos Perdigão Bernardes

Servidores

Andrea Dias de Castro Costa

Eloame Augusti

Gerson Prado da Silva

Jacqueline Neiva de Lima

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Técnico em Secretariado

Maria Luíza Pimentel Melo

Mensageiro

Cristiano Augusto Rodrigues Santos

Superior Tribunal de Justiça

www.stj.jus.br, revista@stj.jus.br

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Setor de Administração Federal Sul, Quadra 6, Lote 1,

Bloco C, 2º Andar, Sala C-240, Brasília-DF, 70095-900

Telefone (61) 3319-8003, Fax (61) 3319-8992

Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça - V. 1 (nov. 2005) -. Brasília: STJ, 2005 -.

Periodicidade: Irregular.

Repositório Oficial de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Nome do editor varia: Superior Tribunal de Justiça / Editora Brasília Jurídica, 2005 a 2006, Superior Tribunal de Justiça, 2009 -.

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2009: <https://ww2.stj.jus.br/web/revista/eletronica/publicacao/?aplicacao=revista.sumulas>

ISSN 2179-782X

1. Direito, Brasil. 2. Jurisprudência, periódico, Brasil. I. Brasil, Superior Tribunal de Justiça (STJ). II. Título.

CDU 340.142(81)(05)

REVISTA
DE SÚMULAS

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Diretora

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministro **Felix Fischer** (*Presidente*)

Ministro **Gilson Langaro Dipp** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Ari Pargendler**

Ministra **Eliana Calmon Alves** (*Diretora-Geral da ENFAM*)

Ministro **Francisco Cândido de Melo Falcão Neto** (*Corregedor Nacional de Justiça*)

Ministra **Fátima Nancy Andrichi** (*Diretora da Revista*)

Ministra **Laurita Hilário Vaz**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro José de **Castro Meira**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Ministro **Humberto Eustáquio Soares Martins**

Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**

Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin**

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Sidnei Agostinho Beneti**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro Geraldo **Og Nicéas Marques Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Luiz Campbell Marques**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo Filho**

Ministro **Paulo de Tarso Vieira Sanseverino**

Ministra Maria **Isabel Diniz Gallotti** Rodrigues

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro Ricardo **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Alves dos Reis Júnior**

Ministro **Marco Aurélio Gastaldi Buzzi**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** Oliveira

Ministra **Assusete Dumont Reis Magalhães**

Ministro **Sérgio Luiz Kukina**

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

RISTJ, arts. 21, III e VI; 22, § 1º, e 23.



SUMÁRIO

Súmulas

388.....	11
389.....	51
390.....	103
391.....	161
392.....	281
393.....	367
394.....	435

Índice Analítico	489
------------------------	-----

Índice Sistemático	495
--------------------------	-----

Siglas e Abreviaturas.....	501
----------------------------	-----

Repositórios Autorizados e Credenciados pelo Superior Tribunal de Justiça	507
--	-----



Súmula n. 388

SÚMULA N. 388

A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral.

Referências:

CC/1916, art. 159.

Decreto n. 2.681/1912, art. 21.

Precedentes:

REsp 240.202-MA (4ª T, 08.02.2000 – DJ 20.03.2000)

REsp 299.611-MA (4ª T, 07.02.2002 – DJ 15.04.2002)

REsp 434.518-MG (3ª T, 26.06.2003 – DJ 12.08.2003)

REsp 453.233-MG (4ª T, 07.12.2006 – DJ 05.02.2007)

REsp 576.520-PB (4ª T, 20.05.2004 – DJ 30.08.2004)

REsp 620.695-SP (3ª T, 26.08.2004 – DJ 13.09.2004)

REsp 857.403-RJ (4ª T, 12.09.2006 – DJ 09.10.2006)

REsp 888.987-SP (4ª T, 15.02.2007 – DJ 12.03.2007)

Segunda Seção, em 26.8.2009

DJe 1º.9.2009, ed. 430

RECURSO ESPECIAL N. 240.202-MA (99.0108015-0)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Recorrente: Banco do Brasil S/A

Advogados: Patricia Netto Leão e outros

Recorrido: Genival Leal Rocha

Advogado: Ivan Irineu Piffer

EMENTA

Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Devolução indevida de cheque. Dano moral. Prejuízo. Reparação. Precedentes. Embargos de declaração. Multa. Art. 538, CPC. Caráter protelatório não configurado. Recurso acolhido parcialmente.

I - A devolução indevida de cheque sem fundos acarreta a responsabilidade de indenizar razoavelmente o dano moral correspondente, que prescinde da prova de prejuízo.

II - É vedado, nesta instância especial, o reexame das circunstâncias de fato que ensejaram a responsabilidade do banco pela devolução indevida do cheque, a teor do Enunciado n. 7 da Súmula-STJ.

III - Sem estar fundamentado o intuito meramente protelatório dos embargos de declaração e em face das evidências de que não houve tal propósito, é de afastar-se a imposição da multa prevista no art. 538, parágrafo único, CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 8 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Presidente
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator

DJ 20.3.2000

EXPOSIÇÃO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Em face da devolução do cheque de R\$ 1.040,00 (um mil e quarenta reais), por insuficiência de fundos, o emitente ajuizou “ação de indenização por danos morais” contra o banco, sustentando que o depósito em dinheiro efetuado na conta-corrente, com vistas a assegurar o saldo para pagamento do título, somente foi creditado no dia seguinte, ocasionando o não pagamento do título, tendo a instituição financeira agido com culpa e dado causa ao dano moral.

Ao acolher a pretensão, a sentença condenou o banco ao pagamento de três vezes o valor do cheque, acrescido de juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, custas e honorários de 20% (vinte por cento) sobre a condenação.

O Tribunal de Justiça do Maranhão desproveu a apelação, concluindo o acórdão que, “por negligência administrativa do apelante, deu ensejo a devolução do cheque do apelado por insuficiência de fundos apesar de sua conta apresentar saldo suficiente para honrá-lo” (fl. 108).

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados. Aos novos embargos manifestados, o Tribunal aplicou multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, à vista do caráter protelatório do recurso.

Adveio o recurso especial, apontando divergência jurisprudencial e violação dos arts. 32 e 34 da Lei n. 7.357/1985 e 538 do Código de Processo Civil. Sustenta o banco recorrente que o cheque foi emitido antes de efetuado o depósito, que não havia fundos suficientes para pagamento do título no momento de apresentação deste à “Câmara de Compensação” e que a devolução não causou prejuízo ao autor. Afirma, ainda, que os segundos embargos declaratórios que opôs tiveram a intenção de prequestionamento, e não, a de procrastinar o feito.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): 1. Quanto à alegação de que o depósito da quantia necessária ao pagamento do cheque fora efetuado antes da compensação do título, afirmou o acórdão que “examinando-se atentamente a prova dos autos, conclui-se que o argumento levantado pelo banco apelante de que o depósito teria sido feito no dia anterior ao que foi declarado na inicial, não merece prosperar, de vez que, no caso, indiscutivelmente o depósito foi realizado no dia 10.11.1997, como demonstram claramente os recibos de fls. 10” (fls. 107-108).

Trata-se de questão afeta às provas dos autos, para cujo exame não se presta a via do recurso especial, atraindo a incidência, no particular, do Enunciado n. 7 da Súmula-STJ. A propósito, confira-se o REsp n. 208.797-AM (DJ 22.11.1999), relator o Ministro *Nilson Naves*, assim ementado, no que interessa:

Responsabilidade civil. Cheque (devolução). Dano moral. Indenização (valor). Honorários advocatícios.

1. Conforme a instância ordinária, o sacado deixou de pagar sem justa causa, pois o sacador “dispunha de fundos necessários para suportar o saque da importância constante do referido cheque”. Matéria atinente à prova, irrevisível na instância especial.

2. Por outro lado, a reparação dos danos morais pela indevida devolução de cheque prescinde da demonstração de prejuízo, na linha dos precedentes desta Corte, como exemplifica o REsp n. 53.729-MA (DJ 23.10.1995), com esta ementa:

Direito Civil. Responsabilidade civil. Devolução indevida de cheque. Dano moral. Prejuízo. Reparação. Precedentes. Recurso desacolhido.

- A devolução indevida de cheque sem fundos acarreta a responsabilidade de indenizar razoavelmente o dano moral correspondente, que prescinde da prova de prejuízo.

Na oportunidade, na condição de relator, assinalei:

Infundada é a pretensão do recorrente em afastar a indenização pela ausência de dano ou prejuízo. A questão da reparabilidade de danos morais e a desnecessidade de comprovação de prejuízo já é matéria sedimentada no meio forense.

A Constituição de 1988 veio acabar com antiga discussão a respeito da possibilidade de se apurar danos morais fora dos casos expressamente previstos no Código Civil, muito embora a dicção do art. 159 desse texto ser suficiente para se posicionar afirmativamente à tese.

O dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa às vezes é de difícil constatação, pois os reflexos atingem uma parte muito própria do indivíduo - o seu interior. Foi então visando a uma ampla reparação que o sistema jurídico acatou a disciplina de não se cogitar de prova de prejuízo para demonstrar a violação do moral humano.

Sobre a matéria, doutrina **Carlos Alberto Bittar** que “na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto” (*Reparação Civil por Danos Morais*, Revista dos Tribunais, 1993, p. 202).

Ruggiero, a seu turno, afirma que, para o dano ser indenizável, “basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito” (*Instituições de Direito Civil*. trad. de Ary dos Santos, Saraiva, 1937. *passim*)

Os julgados também não discrepam desse entendimento, valendo lembrar o RE n. 109.233-MA, julgado em 12.8.1986 e publicado na RTJ 119/433, relatado pelo Ministro *Octavio Galloti*, assim ementado:

Dano moral puro. Restituição indevida de cheque, com a nota “sem fundo”, a despeito de haver provisão suficiente destes. Cabimento da indenização, a título de dano moral, não sendo exigível a comprovação de reflexo patrimonial do prejuízo.

Outrossim, releva salientar que o dano, no caso concreto, surgiu pela afetação da honra do recorrido com a devolução indevida do título, com repercussão negativa na comunidade, sobretudo pela sua qualidade de servidor público, em cargo que pressupõe a indispensável probidade de conduta.

Clayton Reis, ao versar o tema do dano moral, leciona:

Por conseguinte, resta a idéia final de que a função satisfatória da indenização tem um sentido real de defesa do patrimônio moral da vítima e uma punição para o lesionador. A *mens legis* não pode assim excluir da conseqüente compensação qualquer dano decorrente de ato ilícito. Todos,

portanto, devem ser objetos de reparação. (*Dano Moral*, 3ª ed., Forense, 1994, cap. VIII, n. 2, p. 91).

Esta Corte, em casos de devolução indevida de cheques, tem concedido indenização por danos morais, colhendo-se as seguinte ementas:

- Indenização por dano moral. Devolução indevida de cheque. Justificação do pedido de indenização. Caso em que o acórdão deu pelo dano moral, donde a necessidade de se compensar o sofrimento do lesado, arbitrando-se-lhe indenização (REsp n. 50.382-SP, Terceira Turma, relator o Sr. Min. *Nilson Naves*).

- Indenização por dano moral, em caso de cheque devolvido sem justa causa. Acórdão que não ofendeu os arts. 159 do Cód. Civil e 333-I do Cód. de Pr. Civil. Agravo regimental não provido.

(AgRg n. 56.914-DF, Terceira Turma, relator o Sr. Min. *Nilson Naves*).

3. No que se refere à multa imposta em razão dos embargos “meramente protelatórios”, não logrou o acórdão fundamentar a sanção, pelo que merece provimento o apelo especial, no particular, conforme iterativa jurisprudência desta Corte. Para exemplificar, confirmam-se os REsps n. 39.278-MG (DJ 9.6.1997) e n. 107.219-MG (DJ 11.10.1999):

- Processo Civil. Embargos declaratórios. Multa. Art. 538, CPC. Ausência de fundamentação. Recurso parcialmente provido.

- A imposição da multa prevista no parágrafo único do art. 538, CPC, cumpre seja precedida de motivação que justifique a conclusão de serem protelatórios os embargos de declaração.

- III - Não constando do acórdão proferido em sede de embargos de declaração fundamentação hábil a amparar a conclusão de haverem sido aqueles manejados com intuito “meramente protelatório”, existindo, outrossim, evidências que indicam ausência de tal propósito por parte da embargante, é de ser afastada, por injustificável, a imposição da multa prevista no parágrafo único do art. 538, CPC.

Ademais, afere-se dos embargos declaratórios opostos pelo ora recorrente, o intuito prequestionador da ofensa à legislação federal, o que afasta o caráter protelatório, incidindo o Enunciado n. 98 da Súmula-STJ, conforme o REsp n. 144.014-SP (DJ 21.6.1999):

III - Embargos declaratórios prequestionadores não se revestem do caráter protelatório, pelo que se reputa indevida a multa por procrastinação (Enunciado n. 98 da Súmula-STJ).

4. À luz do exposto, *conheço parcialmente* do recurso especial, por violação do art. 538, parágrafo único, CPC, e, *nessa parte, dou-lhe provimento* para afastar a multa.

RECURSO ESPECIAL N. 299.611-MA (2001/0003574-4)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Banco do Brasil S/A
Advogado: Nelson Buganza Júnior e outros
Recorrido: Valdirene Silva Cardoso
Advogado: José Carlos Sousa Silva e outro

EMENTA

Civil. Ação de indenização. Cheque devolvido por insuficiência de fundos. Erro administrativo. Existência de saldo credor. Dano moral. Fixação.

I - A restituição de cheque por insuficiência de fundos, indevidamente ocorrida por erro administrativo do banco, gera direito à indenização por dano moral, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pela autora, que se permite, na hipótese, facilmente presumir.

II - Valor, entretanto, que deve ser adequado à situação concreta e aos parâmetros aceitos pelo STJ, a fim de evitar injustificado enriquecimento sem causa da parte autora.

III - Não configurada intenção procrastinatória, afasta-se a multa imposta em sede de embargos declaratórios pela instância estadual.

IV - Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer

em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Custas, como de lei.

Brasília (DF), 7 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 15.4.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Banco do Brasil S.A. interpõe, pela letra **c**, do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, assim ementado (fl. 159):

Processual Civil apelação cível ação ordinária de indenização. Devolução indevida de cheque. Lançamento irregular de débito em conta do correntista resultando saldo devedor. Dano moral caracterizado.

1 - A devolução indevida de cheque com a nota "sem fundos", em decorrência de lançamento irregular de débito em conta do correntista, resultando saldo devedor, constitui prática de ato ilícito, devendo o dano decorrente desse ato ser reparado independentemente de repercussão patrimonial.

2 - A reparabilidade do dano deve ser resolvida pelo prudente arbítrio do juiz, não podendo servir de instrumento de enriquecimento sem causa, mas sim proporcionar ao lesado uma reparação compensatória da lesão sofrida.

3 - Apelos conhecidos, porém improvidos. Unanimidade.

Alega o recorrente que o dano moral arbitrado foi de vinte vezes o valor do cheque, que considera, conquanto menor que o postulado pela parte, ainda muito elevado tendo em vista que não houve prova do dano.

Reclama, ainda, da multa imposta em sede de embargos declaratórios. eis que não continha propósito procrastinatório.

Invoca jurisprudência paradigmática em apoio a sua tese.

Contra-razões às fls. 198-205. alegando que a devolução do cheque por insuficiência de fundos deveu-se a erro administrativo do banco, que debitou em sua conta cheque emitido por outro correntista. reduzindo-lhe o saldo. Afirma que sofreu dano moral, que deve ser recomposto.

O recurso especial não foi admitido na instância de origem (fls. 209-210), vindo a esta Corte por força de provimento dado pelo relator ao AG n. 293.575-MA.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): - Discute-se no presente recurso especial, aviado pela letra **c**, do autorizador constitucional, sobre dois pontos relativamente a ação de indenização por danos morais e materiais a que foi condenado o Banco do Brasil S/A em face de indevida restituição de cheque por insuficiência de fundos.

Julgada procedente a ação, foi fixado o montante do ressarcimento, pelos danos morais, em vinte vezes o valor do cheque devolvido, além de danos materiais, estes a serem apurados em liquidação de sentença.

Sustenta o recorrente que o valor da indenização pelos danos morais é elevado.

A presunção do dano é patente, em face do abalo moral e creditício que gera em desfavor de pessoa que se supõe emitente de cártula irregular.

No tocante ao valor, o acórdão diz, a respeito, o seguinte (fl. 164):

Na espécie, a sentença fixou a indenização por danos morais em 20 (vinte) vezes o valor do cheque devolvido contados a partir da citação, legalmente corrigido, transferindo para liquidação o dano patrimonial o que considero perfeitamente razoável.

Em face ao exposto, e de acordo com a douta Procuradoria Geral de Justiça, voto no sentido de *negar provimento* as apelações para manter a decisão atacada.

Acontece, porém, que a sentença singular assim se expressou (fls. 84-85):

À luz de tais ensinamentos, arbitro a indenização do dano moral em favor da autora na quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor corrigido e atualizado ao padrão monetário atual da importância que, debitada na conta, deu causa à ilicitude da ofensa, mais juros de mora, desde a citação, devendo, no entanto, o dano patrimonial ser apurado em liquidação de sentença.

Como se vê, a redação da decisão monocrática é *dúbia*, eis que segundo a inicial, fora debitada em conta um cheque de terceiro, muito mais alto (CR\$ 11.343.44), que levou a esvaziar o saldo positivo da autora e, com o novo cheque, este de CR\$ 9.700,00, resultou na devolução indevida.

Assim, quando a sentença condena em vinte vezes “o valor corrigido e atualizado no padrão monetário atual da importância que, debitada na conta, deu causa à ilicitude da ofensa (...)”, pode gerar dúvidas interpretativas no momento da execução, já que a apelação não foi provida e mantida a sentença, já que, em termos literais, a que foi debitada na conta foi a primeira, mais elevada, já que a segunda sequer o foi, pois o cheque restou devolvido.

De toda sorte, os parâmetros devem ser aqueles estabelecidos em casos que tais por esta Turma - assinalando-se que não chegou a haver protesto formal, apenas restituição do título e expedição de correspondência pessoal à autora pelo Cartório - e, em tais condições, o estabelecimento a indenização no valor de R\$ 5.000,00 (*cinco mil reais*), pelos danos morais, atualizada monetariamente a *partir da presente data*.

Também *excluo a multa*, por não identificar propósito procrastinatório nos embargos declaratórios.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e provejo-o também parcialmente, para afastar a multa do art. 538, parágrafo primeiro, do CPC, e fixar a indenização em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 434.518-MG (2002/0055885-0)

Relator: Ministro Castro Filho
Recorrente: Banco ABN Amro Real S/A

Advogados: Luiz Filipe Ribeiro Coelho
Edelberto Augusto Gomes Lima e outros
Recorrido: Dulcinea Ferreira de Almeida
Advogado: Ormeu Gonçalves Frois

EMENTA

Civil e Processual Civil. Ação de indenização. Devolução indevida de cheques. Dano moral. Sucumbência.

I - A devolução indevida do cheque por culpa do banco prescinde da prova do prejuízo.

II - A jurisprudência recente da Segunda Seção desta Corte entende que, nas ações de indenização por dano moral, a postulação contida na inicial se faz em caráter meramente estimativo. Assim, na hipótese de o pedido vir a ser julgado procedente em montante inferior ao assinalado na peça exordial, fica respeitada a proporcionalidade na condenação, porquanto a par de estabelecida em percentual razoável, se faz sobre o real montante da indenização a ser paga. Precedentes.

Com ressalvas quanto à terminologia, não conheço do recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial.

Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Castro Filho, Relator

DJ 12.8.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: *Dulcinéia Ferreira de Almeida* propôs ação de indenização por danos morais contra o *Banco ABN Amro Real S/A*, em razão de cheque indevidamente devolvido. Pediu a condenação do réu em valor não inferior a 200 salários mínimos.

O juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido inicial e condenou o banco ao pagamento de R\$ 7.550,00 (sete mil quinhentos e cinquenta reais) a título de danos morais, corrigidos monetariamente, a partir da data do evento danoso, acrescidos de juros de 0,5% ao mês, a partir da citação, até o efetivo pagamento (fl. 48).

Apreciando apelação do vencido, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, em acórdão capitaneado pelo voto do relator, Juiz Quintino do Prado, proveu parcialmente o recurso para reduzir o valor concedido, fixando-o em R\$ 3.600,00 (três mil seiscentos reais) (fls. 91-95). Quanto à sucumbência, afirmou que o fato de se pedir determinada quantia e receber outra menor, não representa sucumbência, “posto que o pedido, que é a indenização ao dano moral, restou atendido.” (fl. 94).

Inconformado, o réu interpõe recurso especial, com fulcro nas alíneas **a e c** do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência aos artigos 159 do Código Civil e 21 do Código de Processo Civil.

Sustenta o recorrente, em síntese, a inexistência de dano moral a ser ressarcido, pois a devolução do cheque não teve repercussão, bem como divergência com arestos deste Superior Tribunal de Justiça que preconizam a aplicação do artigo 21 do Código de Processo em casos como o dos autos, quando pedido valor certo por dano moral e concedido outro, muito menor.

Com contra-razões (fls. 112-113), o nobre Vice-Presidente, Juiz Celso Maciel Pereira, admitiu o processamento do recurso especial (fls. 115-116).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Improcede a alegação de negativa de vigência ao artigo 159 do Código Civil.

Tanto a sentença como o Tribunal *a quo* consideraram provado o fato ensejador da pretensão inicial, ou seja, a devolução indevida do cheque por

culpa do banco. Nestes casos, é firme o entendimento desta Corte no sentido da desnecessidade da prova do prejuízo (cf., entre outros: REsp n. 302.321-MG, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 18.2.2002, e REsp n. 258.411-MG, relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 2.4.2001).

As demais alegações resvalam para o campo dos fatos, cujo reexame é vedado pelo Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

No pertinente à aplicação do artigo 21 do Código de Processo Civil, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, uma vez calculados os honorários sobre a condenação, como no caso concreto, a redução devida pela sucumbência parcial resta considerada.

Consoante assinalou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, por ocasião do julgamento do REsp n. 416.364-SP:

Além disso, é de aduzir-se que o pedido principal do autor foi a condenação do réu em danos morais, sendo o valor indenizatório apenas consequência do acolhimento do pedido principal. Logo, uma vez julgado procedente o pedido, era de rigor a fixação dos honorários sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º do art. 20, CPC. Com efeito, “com as despesas do processo haverá de arcar quem, de modo objetivamente injurídico, houver lhe dado causa, não podendo redundar em dano para quem tem razão” (REsp n. 43.366-RJ, DJ 23.5.1994). (DJ de 12.8.2002).

A propósito, confirmam-se ainda os seguintes julgados:

Indenização. Dano moral. Vinculação ao salário mínimo. Sucumbência parcial do autor. - É vedada a vinculação do montante indenizatório ao salário mínimo. Precedentes. - “Calculados os honorários sobre a condenação, a redução devida pela sucumbência parcial resta considerada, ficando afastada a orientação que veio a ser sufragada, por maioria, nos EREsp n. 63.520-RJ, que pode levar ao paradoxo de impor ao vencedor na causa honorários mais elevados que a própria condenação obtida” (REsp n. 259.038-PR, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira). Recurso especial conhecido, em parte, e provido. (REsp n. 440.673-RS, relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 2.12.2002);

Ação de indenização. Dano moral. Sucumbência recíproca. Precedentes da Corte. 1. Já assentou a Corte que impostos honorários sobre o valor da condenação por dano moral, tem-se como aplicado o art. 21 do Código de Processo Civil. 2. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 399.665-SC, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 25.11.2002);

Processual Civil. Ação de indenização. Coação policial criminosa praticada por iniciativa de ex-empregador. Danos morais. Recurso especial. Reconhecimento da responsabilidade pelo ilícito. Matéria de fato. Súmula n. 7-STJ. Sucumbência. Honorários. Pedido exordial. Referência a montante meramente estimativa. Sucumbência recíproca não configurada. I. Dada a multiplicidade de hipóteses em que cabível a indenização por dano moral, aliada à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial se faz em caráter meramente estimativo, não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial. II. Proporcionalidade na condenação já respeitada, porquanto a par de estabelecida em percentual razoável, se faz sobre o real montante da indenização a ser paga. III. Entendimento mais moderno da Colenda 2ª Seção, firmado no REsp n. 265.350-RJ (Rel. Min. Ari Pargendler, unânime, DJU de 27.8.2001). IV. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." - Súmula n. 7 do STJ. V. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 351.602-PR, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 26.8.2002).

Ante o exposto, com ressalvas quanto à terminologia, não conheço do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 453.233-MG (2002/0096718-3)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa
Recorrente: Luciana Mares de Freitas
Advogado: Ziller Victor Ramires da Silva e outros
Recorrido: Banco Bandeirantes S/A
Advogado: Ivan Junqueira Ribeiro e outros

EMENTA

Recurso especial. Devolução indevida de cheque. Responsabilidade do banco. Dano moral. Presunção. Valor da indenização. Recurso especial provido.

1. A devolução indevida do cheque por culpa do banco prescinde da prova do prejuízo, mesmo que, ao ser reapresentado, tenha sido devidamente pago, e ainda que não tenha havido registro do nome da correntista em órgão de proteção ao crédito.

2. O valor da indenização deve ser fixado sem excessos, evitando-se enriquecimento sem causa da parte atingida pelo ato ilícito.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Cesar Asfor Rocha, Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezini votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 7 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 5.2.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de recurso especial, interposto por *Luciana Mares de Freitas*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, em face de acórdão do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

Dano moral. Pressupostos para sua admissão.

- Para a caracterização do dano moral, sujeito à reparação, necessária a prova do fato, do nexo de causalidade e das conseqüências danosas na pessoa tida como ofendida.

- A simples devolução de cheque, com justificativa indevida de falta de provisão, não é suficiente para demonstrar o dano moral, sujeito à reparação, quando não demonstrados a humilhação, o sofrimento, o abatimento perante a comunidade, suportados pela parte. (fl. 111).

Apresentadas as contra-razões (fls. 143-151) e admitido o recurso especial (fls. 153-154), subiram os autos a esta Corte.

Aduz a recorrente, em suma, violação do artigo 159 do Código Civil/1916, além de trazer divergência jurisprudencial em relação a uma série de julgados deste Sodalício Superior, no sentido de que o dever de compensar prescinde, em casos como o da espécie, da prova do prejuízo.

Requer, ao final, reconhecido o dever de indenizar, seja arbitrado por esta Corte o *quantum* correspondente ao dano moral sofrido pela autora, considerando o disposto no dispositivo legal *supra* indicado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. O recurso especial merece ser provido.

Em linha de princípio, cabe consignar que a espécie dos autos cuida de ação de reparação de danos provocados pelo recorrido, a partir da devolução indevida de cheque, no valor de R\$ 99,00 (noventa e nove reais), ao errôneo argumento de que não havia provisão de fundos na conta corrente da titular.

Conforme se extrai do v. acórdão, o Tribunal *a quo* admite a existência do fato causador do dano, bem como a demonstração do nexo de causalidade entre sua conduta e o próprio fato; contudo, refutou a ocorrência de dano à autora, com base no seguinte entendimento, *verbis*:

[...] quanto ao dano sujeito à reparação, os autos não evidenciaram a sua ocorrência, considerando que, devolvido o cheque e feita a sua reapresentação, foi o mesmo prontamente acatado. Não há informação de que a apelante tivesse sofrido constrangimento ou humilhação e assim o dano moral não sobressai da prova dos autos. O nome da apelante não foi levado ao órgão de proteção ao crédito e, assim, não há prova da repercussão negativa em sua honra. (fl. 115).

Assim sendo, a decisão recorrida dissentiu da jurisprudência do STJ, firmada- no sentido de que a devolução indevida do cheque por culpa do banco prescinde da prova do prejuízo, mesmo que o cheque, ao ser reapresentado, tenha sido devidamente pago e ainda que não tenha havido registro do nome do correntista, em órgão de proteção ao crédito.

Colham-se, a propósito, os seguintes precedentes:

Processual Civil. Recurso especial. Dano moral. Devolução indevida de cheque. Desnecessidade de prova do dano.

- A devolução indevida do cheque por culpa do banco prescinde da prova do prejuízo.

- O valor da indenização deve ser fixado sem excessos, evitando-se enriquecimento sem causa da parte atingida pelo ato ilícito. Recurso especial provido em parte. (REsp n. 698.772-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 19.6.2006).

Civil. Processual Civil. Recurso especial. Ação de indenização. Devolução indevida de cheques. Dano moral. Prova. Valor indenizatório excessivo. Redução.

1. As instâncias ordinárias reconheceram a ilicitude da conduta do banco-recorrente, configurado o dano moral, bem como a presença do nexo de causalidade. O Tribunal *a quo* concluiu que “o acervo probatório evidencia que comerciante, correntista do Banco-apelante, emitiu cheques que foram devolvidos pela instituição financeira, sem justa causa, deixando fornecedores sem os pagamentos a que se destinavam ditos títulos, situação com a posterior quitação enfrentada” (fls. 135). Assim sendo, rever tal conclusão implicaria o revolvimento dos elementos probatórios, procedimento inviável em sede de especial. Óbice da Súmula n. 7-STJ.

2. Consoante orientação firmada nesta Corte, “a devolução indevida do cheque por culpa do banco, prescinde da prova do prejuízo” (REsp n. 698.772-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 19.6.2006; REsp n. 434.518-MG, Rel. Min. Castro Filho, DJ 12.8.2003; REsp n. 302.321-MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, DJ 18.2.2002).

3. Em atenção as peculiaridades do caso - notadamente o fato de que não ocorreu inscrição do nome do autor em cadastro negativo de crédito - e observando os princípios de moderação e razoabilidade, reduz a quantia indenizatória para R\$ 3.000,00 (três mil reais), montante que assegura ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito.

4. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (REsp n. 857.403-RJ, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 9.10.2006).

2. Sendo esse o panorama dos autos, nada obsta que o *quantum* da indenização por danos morais seja arbitrado em sede de recurso especial, em observância aos princípios da economia processual e da celeridade (REsp n. 782.969-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 4.9.2006).

Firmou-se entendimento, nesta Corte Superior, de que as indenizações por dano moral, não de variar, para em cada caso concreto, porquanto a fixação depende das circunstâncias e das peculiaridades da espécie, sendo certo que o

valor imposto na condenação não deve conduzir ao injustificado locupletamento da parte vencedora.

Dessarte, considerando os fatos narrados, o recorrido pagará à recorrente o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a título de compensação por danos morais, acrescido das custas processuais e honorários advocatícios, esses fixados em 20% (vinte por cento) da condenação.

3. Diante do exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para julgar procedente o pedido formulado pelos danos morais no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), acrescido de juros legais desde a citação e da correção monetária, a partir do julgamento deste recurso, até a data do efetivo pagamento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 576.520-PB (2003/0137289-9)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogado: Flavio Queiroz Rodrigues e outros

Recorrido: Carlos Eduardo Matos Bezerra Motta

Advogado: Álvaro Araújo de Almeida

EMENTA

Responsabilidade civil. Dano moral. Falha operacional de banco. Compensação indevida de cheque que induziu o correntista em erro. Ilícitude. Prova do prejuízo.

– Acórdão recorrido que descreve ocorrência de fato operacional da instituição financeira. Pretensão descabida de transferir-se a responsabilidade pelo evento ao correntista. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

– Basta a demonstração de que a vítima tenha passado por situação de transtorno, vexame ou humilhação para caracterizar-se

o dano moral, passível de reparação. Circunstância que prescinde de prova, pois decorre da experiência comum.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas: Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 20 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

DJ 30.8.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Carlos Eduardo Matos Bezerra Motta ajuizou ação de indenização por danos morais contra a “Caixa Econômica Federal - CEF”, sob a alegação de que, no dia 14.12.1998, o Autor emitiu o Cheque n. 000265, no valor R\$ 660,00 (seiscentos e sessenta reais), para pagamento de sua mensalidade no curso de Administração junto à Associação Potiguar de Educação e Cultura, o qual foi devolvido por insuficiência de fundos apesar de haver saldo suficiente, embora estivesse este bloqueado aguardando compensação de depósito efetuado em cheque na referida conta.

Posteriormente, no dia 23.12.1998, o valor referente ao cheque acima foi debitado em sua conta bancária, pelo que supôs ter sido o cheque compensado, restando integralmente adimplido o referido débito.

Todavia, quase um ano depois, o Autor foi informado pela secretaria da Instituição de Ensino de que estaria inadimplente com o pagamento de parcela referente ao ano letivo anterior, correspondente àquele cheque de seiscentos e sessenta reais, ensejando a instauração do processo de cobrança extrajudicial. O Autor tentou então argumentar com o funcionário que o referido cheque

já havia sido regularmente compensado, mas sucumbiu à alegação diante da exibição do cheque pelo funcionário. Constrangido e contrariado, não teve outra alternativa senão a de resgatar a cártula, despendendo novamente a mesma quantia. De posse do cheque, certificou-se que no extrato de sua conta bancária constava expressamente a regular compensação no dia 23.12.1998, pelo que concluiu que a Caixa Econômica se apropriara indevidamente do valor de seiscentos e sessenta reais, simulando uma compensação bancária, apesar de o título sequer ter sido apresentado uma segunda vez, tendo permanecido por todo aquele tempo na Tesouraria da Faculdade. A ré, após reiterados apelos, creditou novamente o valor do cheque na conta do autor – quase nove meses depois – pelo que considera a reparação patrimonial satisfeita. Contudo, pleiteia o autor a indenização por dano moral em razão de ter ficado por mais de oito meses como devedor da Faculdade, período que levou para descobrir a artificiosa compensação; perante seus colegas de Faculdade, foi flagrado resgatando o cheque sem fundos, emitido há tanto tempo. Além disso, a ré apropriou-se indevidamente de valor considerável de sua conta bancária sem qualquer explicação plausível.

O MM. Juiz Federal da 3ª Vara Civil da Seção Judiciária da Paraíba julgou procedente o pedido e condenou a ré ao pagamento de indenização no valor de R\$ 1.320,00 (um mil e trezentos e vinte reais), ou seja, duas vezes o valor do título.

A Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, deu parcial provimento ao apelo da Instituição Financeira, tão-só para alterar os fundamentos da sentença, em Acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

Civil. Dano moral. Falha operacional da instituição financeira ré. Apropriação indevida de valores. Dever de indenizar configurado. Desnecessidade prova objetiva da ocorrência do dano moral.

1. Falha operacional devidamente comprovada. Existência de apropriação indevida de valores da conta do correntista.

2. Dever de indenização configurado quanto aos danos morais experimentados. O fato da verificação da falha operacional permite a presunção de experimentação de angústias e transtornos na esfera do ofendido. Desnecessidade, para sua configuração, de prova objetiva.

3. Reforma da decisão recorrida quanto à compreensão dos motivos ensejadores do dano. Alteração do julgado para adequação aos fatos verificados. Homenagem ao princípio da economia processual.

4. Apelação provida em parte (fl. 103).

Irresignada, a “Caixa Econômica Federal” manifestou este recurso especial com arrimo na alínea **a** do permissivo constitucional, apontando afronta ao art. 159 do CCB. Asseverou, em síntese, que o dano moral alegado pelo Autor se deu em razão da devolução do Cheque n. 000265 no valor de R\$ 660,00 (seiscentos e sessenta reais). Alegou que o próprio Autor admitiu não possuíra em sua conta corrente fundos suficientes, pelo que se tornou legítima a atitude de a recorrente devolver o título. A conclusão de que cada titular da conta-corrente é responsável pelo controle de seu saldo, pelo que, o autor, ao emitir um cheque sem a suficiente provisão de fundos, contribuiu este para o fato ocorrido. Aduziu, ainda, que o dever de indenizar pressupõe a existência de prejuízo; é imprescindível que haja dano, não bastando a sua simples alegação. Sustentou não se poder atribuir à ré nenhum procedimento ilícito que importe no dever de indenizar, pois agiu corretamente.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): Sem razão a recorrente.

Pretende a instituição de ensino atribuir ao autor a culpabilidade pelo ocorrido, quando, na verdade, ela foi a única responsável pelo evento lesivo, em virtude de falha operacional, ou seja, procedeu à compensação simulada do cheque, circunstância que induziu o correntista a considerar como quitada a mensalidade junto à referida instituição de ensino.

A ilicitude do procedimento adotado pelo estabelecimento bancário vem retratada pela descrição dos fatos, feita não só pela sentença, bem como pelo v. acórdão que, por sinal, assim se pronunciou a respeito:

Desta forma, é de se entender que houve falha operacional da Instituição apelante, comprovada ante a comparação das informações contidas nos extratos do cliente/apelado e o fato comprovado da inexistência de reapresentação do cheque e conseqüente inexistência de quitação do débito do apelado junto à Universidade onde estuda. Aceita a idéia de simulação de compensação bancária, com apropriação indevida dos valores da conta do autor pela ré, resta indubitável o dever de indenizar (fl. 98).

Para entender-se de maneira diversa, somente se reexaminando os fatos e circunstâncias da causa, o que não se mostra compatível com a natureza do apelo especial, a teor da Súmula n. 7-STJ.

De outro lado, sustenta a Faculdade a ausência da prova de prejuízo.

No entanto, conforme há tempos vem decidindo esta Corte, basta que a vítima tenha passado por situação de transtorno, vexame ou humilhação ou que tenha sofrido perturbação de ordem psíquica para caracterizar-se o dano moral, passível de reparação. E isto prescinde de prova, pois decorre da experiência comum.

Bem a propósito, esta Quarta Turma já teve ocasião de assentar que “a restituição indevida de cheque sem fundos acarreta a responsabilidade de indenizar razoavelmente o dano moral correspondente, que prescinde da prova de prejuízo (REsp n. 53.729-MA)” (REsp n. 251.713-BA, de minha relatoria).

Na mesma linha, REsp's: n. 261.028-RJ e n. 261.558-AM, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Dirreito; REsp n. 214.824-SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar; REsp's n. 234.472-SP, n. 279.197-CE e n. 168.976-SP, por mim relatados, e REsp n. 299.611-MA, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, dentre inúmeros outros.

Não há falar, por conseguinte, em afronta ao art. 159 do CC/1916.

Isso posto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 620.695-SP (2003/0226615-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrichi

Recorrente: Triplic Administradora e Corretora de Seguros Ltda.

Advogado: Alessandra Guedes Weingrill e outros

Recorrido: Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A

Advogado: Gisleide Morais de Lucena e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Dano moral. Devolução indevida de cheque. Desnecessidade de prova do dano.

- A devolução indevida do cheque por culpa do banco prescinde da prova do prejuízo.

- O valor da indenização deve ser fixado sem excessos, evitando-se enriquecimento sem causa da parte atingida pelo ato ilícito.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJ 13.9.2004

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Recurso especial interposto por *Triplíc Administradora e Corretora de Seguros Ltda.* arrimado na alínea c do permissivo constitucional.

Ação: de indenização por danos morais proposta pela recorrente em face do recorrido, em razão de indevida devolução de cheques. Assevera a recorrente que tal falha teria acarretado abalo à sua imagem e credibilidade.

Sentença: julgado improcedente o pedido.

Acórdão: negou provimento à apelação interposta pela recorrente, nos termos da seguinte ementa:

Responsabilidade civil. Cambial. Indevida devolução de cheques pela instituição bancária. Hipótese, contudo, em que não se especificou nem se demonstrou no que consistiram os danos morais. Inadmissibilidade de abertura de dilação probatória. Ação improcedente. Recurso improvido. (fl. 146).

Recurso especial: a recorrente alega dissídio jurisprudencial no sentido de que “demonstrada a falha do preposto da instituição financeira, traduzida na devolução indevida de cheques, configura a ocorrência de dano moral a impor esta reparação.” (fl. 146).

Prévio juízo de admissibilidade: inadmitido o recurso especial na origem, a recorrente interpôs agravo de instrumento, ao qual dei provimento, para melhor exame do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): A questão posta a desate cinge-se em verificar se é devida a indenização por danos morais em razão da devolução injustificada de cheques, ainda que não comprovado o prejuízo.

O acórdão recorrido, ao concluir que não há dano moral a ser ressarcido, visto que a recorrente “não apontou quais teriam sido os danos por ela experimentados” (fl. 147), discrepa de acórdãos apontados como paradigma, a exemplo do REsp n. 53.729-MA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 23.10.1995, cuja ementa transcrevo a seguir:

Direito Civil. Responsabilidade civil. Devolução indevida de cheque. Dano moral. Prejuízo. Reparação. Precedentes. Recurso desacolhido.

- A devolução indevida de cheque sem fundos acarreta a responsabilidade de indenizar razoavelmente o dano moral correspondente, que prescinde da prova de prejuízo.

A orientação dominante neste STJ é no sentido de que a devolução injustificada de cheques, por ato culposo da instituição financeira, autoriza a condenação por danos morais, sendo desnecessária a comprovação do prejuízo, que, neste caso, é presumível e decorre da experiência comum, uma vez que a indevida devolução do cheque causa desconforto e abala tanto a honra como a imagem de seu emitente.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

Civil e Processual Civil. Ação de indenização. Devolução indevida de cheques. Dano moral. Sucumbência.

I - A devolução indevida do cheque por culpa do banco prescinde da prova do prejuízo.

II - (...)

Com ressalvas quanto à terminologia, não conheço do recurso especial. (REsp n. 434.518-MG, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 12.8.2003).

Dano moral. Devolução indevida de cheque. Prova. Sucumbência recíproca. Precedentes da Corte.

1. Já decidiu a Corte que a devolução indevida do cheque, provoca o dano moral, dispensando a prova do prejuízo.

2. (...)

3. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 302.321-MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 18.2.2002).

Assim, reconhecido o dever de indenizar, deve ser reformado o acórdão recorrido para julgar procedente o pedido indenizatório.

Aplicando-se o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, convém desde logo fixar o valor da indenização a título de danos morais, em atendimento aos princípios da economia e da celeridade processual. Nesse sentido, cito o Agravo no Recurso Especial n. 299.655, por mim relatado, DJ de 25.6.2001, e o Recurso Especial n. 165.727, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 21.9.1998.

Considerando-se os critérios de razoabilidade sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, o valor da compensação deve ser fixado sem excessos, a fim de evitar o enriquecimento sem causa.

Assim, deverá a recorrida pagar ao recorrente a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a título de compensação pelos danos morais, acrescida das custas processuais e honorários advocatícios, esses fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Forte em tais razões, *conheço* do presente recurso especial pela alínea **c** do permissivo constitucional e *dou-lhe provimento* para julgar procedente o pedido formulado pelo recorrente e condenar a recorrida ao pagamento de compensação por danos morais no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), incidindo juros legais e correção monetária até a data do efetivo pagamento.

RECURSO ESPECIAL N. 857.403-RJ (2006/0119890-5)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Banco ABN Amro Real S/A
Advogado: Paulo Roberto Teixeira Trino Junior e outros
Recorrido: Claudio Barbosa Corrêa
Advogado: Magaly Araujo de Souza e outros

EMENTA

Civil. Processual Civil. Recurso especial. Ação de indenização. Devolução indevida de cheques. Dano moral. Prova. Valor indenizatório excessivo. Redução.

1. As instâncias ordinárias reconheceram a ilicitude da conduta do banco-recorrente, configurado o dano moral, bem como a presença do nexo de causalidade. O Tribunal *a quo* concluiu que “o acervo probatório evidencia que comerciante, correntista do Banco-apelante, emitiu cheques que foram devolvidos pela instituição financeira, sem justa causa, deixando fornecedores sem os pagamentos a que se destinavam ditos títulos, situação com a posterior quitação enfrentada” (fls. 135). Assim sendo, rever tal conclusão implicaria o revolvimento dos elementos probatórios, procedimento inviável em sede de especial. Óbice da Súmula n. 7-STJ.

2. Consoante orientação firmada nesta Corte, “a devolução indevida do cheque por culpa do banco, prescinde da prova do prejuízo” (*REsp n. 698.772-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 19.6.2006; REsp n. 434.518-MG, Rel. Min. Castro Filho, DJ 12.8.2003; REsp n. 302.321-MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, DJ 18.2.2002*).

3. Em atenção as peculiaridades do caso - notadamente o fato de que não ocorreu inscrição do nome do autor em cadastro negativo de crédito - e observando os princípios de moderação e razoabilidade, reduzo a quantia indenizatória para R\$ 3.000,00 (três mil reais), montante que assegura ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito.

4. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e Aldir Passarinho Júnior. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ 9.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Inference-se dos autos que *Claudio Barbosa Corrêa* ajuizou ação de indenização contra *ABN Amro Real S/A*. Relatou que, no início de abril de 2000, lhe foram fornecidos pelo requerido dois talões de cheques, os quais foram, na ocasião, devidamente desbloqueados. Narrou que, ao começar a utilizar os cheques, fazendo compras para abastecer seu pequeno comércio, foi surpreendido com a devolução de cheques emitidos, por cancelamento do banco sacado, “alínea 25”. Afirmou que, após contatar o requerido, o gerente atribuiu o fato a negligência de um funcionário, informando que poderia continuar a utilizar os referidos cheques. Aduziu que os cheques foram novamente devolvidos pela “alínea 25”, causando-lhe prejuízos em seus negócios e repercutindo negativamente em sua moral. Requereu a indenização em R\$ 63,21, pelos juros cobrados nos resgates dos cheques, e 400 salários mínimos pelos danos morais sofridos (fls. 01-05).

Em contestação, alegou o banco requerido que, como o autor não acusou o recebimento dos talonários, enviados pelo correio, o cancelamento foi efetuado visando a segurança do cliente, não restando demonstrado nenhum dano moral alegadamente sofrido pelo requerente (fls. 41-56).

O d. juízo de primeiro grau *julgou procedente em parte a ação, condenando o banco-réu ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por danos morais, não acolhendo o pedido de dano material*. Considerou o magistrado sentenciante

que “não há dúvida de que houve falha na prestação do serviço do réu e a devolução dos cheques emitidos pelo autor, por si só representam vexame, constrangimento, abalo no crédito e na imagem pública, o que caracteriza o dano moral indenizável” (fls. 100-102).

Julgando o recurso de apelação, a eg. Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mantendo a r. sentença recorrida, negou provimento ao apelo. O v. acórdão restou assim ementado, fls. 135, *verbis*:

Apelação cível. Indenização. Relação de consumo entre cliente e banco. Conta corrente. Cheques emitidos por comerciante em favor de fornecedores, que foram devolvidos pelo banco, sem justa causa. Danos materiais e danos morais. Indeferimento daqueles e deferimento destes últimos. Procedência em parte do pedido. Improvimento do recurso.

- O acervo probatório evidencia que comerciante, correntista do Banco-apelante, emitiu cheques que foram devolvidos pela instituição financeira, sem justa causa, deixando fornecedores sem os pagamentos a que se destinavam ditos títulos, situação com a posterior quitação enfrentada.

- Por força da relação de consumo entretecida entre as partes que figuram no pólo ativo e pólo passivo deste processo, que chama ao cenário jurídico a responsabilidade objetiva e arreda a teoria da culpa, violada foi a Lei n. 8.078/1990, diante da má prestação de serviços que o Banco fez a seu cliente, estando presente o nexo de causalidade.

- Danos morais que encontram justificativa na prova, arbitrados em sintonia com o princípio da proporcionalidade e a lógica do razoável, remanescendo conjurado o enriquecimento ilícito. Alcançado o norte de compensar o lesado e punir o ofensor para que idêntico ilícito não mais pratique o Réu, satisfeita ficou, por consequência, a finalidade pedagógica, que é o âmago nuclear da medida.

- Improvimento do recurso.

O apelante interpôs embargos de declaração (fls. 140-154), os quais foram improvidos (fls. 157-160).

Apresentou, então, recurso especial, com fulcro na alínea **a**, do art. 105, III, do permissivo constitucional, em que alega os seguintes pontos: a) contrariedade aos arts. 186, 187, 188, I, 927 do Código Civil, e 14, § 3º, II, do CDC, ao argumento de que não restou comprovado nenhum ato ilícito praticado pelo banco-recorrente, tendo este agido no exercício regular de seu direito, bem como não foram demonstrados os alegados danos morais sofridos pelo autor, tendo havido somente um mero aborrecimento; b) violação aos arts. 944 e 945, porquanto o valor indenizatório arbitrado não observou os critérios

legais atinentes à mensuração do aludido dano, tais como a sua extensão e a concorrência de culpa do recorrido (fls. 162-177).

As contra-razões foram ofertadas às fls. 182-185.

Inadmitido o recurso na instância de origem (fls. 187-188), subiram os autos, por força do provimento dado ao AG n. 716.427-RJ (fls. 223-224), vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Como relatado, trata-se de recurso especial, interposto pelo Banco-apelante, contra o *decisum* colegiado, ementado às fls. 135, que, mantendo a r. sentença, considerou que “o acervo probatório evidencia que comerciante, correntista do Banco-Apelante, emitiu cheques que foram devolvidos pela instituição financeira sem justa causa, deixando fornecedores sem os pagamentos a que se destinavam ditos títulos, situação com a posterior quitação enfrentada”.

Em suas razões, com fulcro na alínea **a**, do art. 105, III, do permissivo constitucional, em que alega os seguintes pontos: a) contrariedade aos arts. 186, 187, 188, I, 927 do Código Civil, e 14, § 3º, II, do CDC, ao argumento de que não restou comprovado nenhum ato ilícito praticado pelo banco-recorrente, tendo este agido no exercício regular de seu direito, bem como não foram demonstrados os alegados danos morais sofridos pelo autor, tendo havido somente um mero aborrecimento; b) violação aos arts. 944 e 945, porquanto o valor indenizatório arbitrado não observou os critérios legais atinentes à mensuração do aludido dano, tais como a sua extensão e a concorrência de culpa do recorrido (fls. 162-177).

No que tange ao argumento de não comprovação de ilicitude praticada pelo recorrente e da inexistência de demonstração dos alegados danos morais sofridos pelo autor, o recurso não merece conhecimento.

Com efeito, tanto a r. sentença como v. acórdão, com base no conjunto fático-probatório carreado aos autos, consideraram restar plenamente comprovado a conduta ilícita da instituição financeira-recorrente, bem como o nexo de causalidade, uma vez que a má prestação do serviço - devolução indevida de cheques emitidos pelo autor sem justa causa - caracterizou o dano moral passível de reparação.

Nesse sentido, assim decidiu o Tribunal *a quo*, fls. 135, *verbis*:

O acervo probatório evidencia que comerciante, correntista do Banco-apelante, emitiu cheques que foram devolvidos pela instituição financeira, sem justa causa, deixando fornecedores sem os pagamentos a que se destinavam ditos títulos, situação com a posterior quitação enfrentada.

Por força da relação de consumo entretecida entre as partes que figuram no pólo ativo e pólo passivo deste processo, que chama ao cenário jurídico a responsabilidade objetiva e arreda a teoria da culpa, violada foi a Lei n. 8.078/1990, diante da má prestação de serviços que o Banco fez a seu cliente, estando presente o nexo de causalidade.

Danos morais que encontram justificativa na prova, arbitrados em sintonia com o princípio da proporcionalidade e a lógica do razoável, remanescendo conjurado o enriquecimento ilícito. Alcançado o norte de compensar o lesado e punir o ofensor para que idêntico ilícito não mais pratique o Réu, satisfeita ficou, por consequência, a finalidade pedagógica, que é o âmago nuclear da medida.

Restando, portanto, comprovado nas instâncias ordinárias a ilicitude da conduta do banco-recorrente, rever tal conclusão implicaria o revolvimento dos elementos probatórios já analisados nas instâncias ordinárias, procedimento vedado pelo Enunciado Sumular n. 7, desta Corte.

Quanto à comprovação do dano moral, decorrente da indevida devolução de cheque, esta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que “a devolução injustificada de cheques, por ato culposo da instituição financeira, autoriza a condenação por danos morais, sendo desnecessária a comprovação do prejuízo, que, neste caso, é presumível e decorre da experiência comum, uma vez que a indevida devolução do cheque causa desconforto e abala tanto a honra como a imagem de seu emitente” (Cfr. REsp n. 698.772-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 19.6.2006).

No mesmo diapasão, os seguintes precedentes: REsp n. 434.518-MG, Rel. Min. Castro Filho, DJ 12.8.2003; REsp n. 302.321-MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, DJ 18.2.2002.

No tocante à insurgência quanto ao valor indenizatório, fixado pelas instâncias ordinárias em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), tenho como excessivo o *quantum* estabelecido.

Esta Corte, consoante entendimento pacífico, tem admitido a alteração do valor indenizatório de danos morais, para ajustá-lo aos limites do razoável, quando patente, como ocorre *in casu*, a sua desmesura.

Assim, em atenção às peculiaridades do caso - notadamente o fato de que não ocorreu, como alegado pelo recorrente, inscrição do nome do autor em cadastro negativo de crédito - e observando os princípios de moderação e proporcionalidade que informam os parâmetros desta Corte, reduzo a quantia indenizatória para R\$ 3.000,00 (três mil reais), montante que assegura ao lesado justa reparação sem incorrer em enriquecimento ilícito.

Ante o exposto e por tais fundamentos, conheço parcialmente do recurso e, nesta parte, dou-lhe provimento, para diminuir o valor indenizatório dos danos morais, fixando-o em R\$ 3.000,00 (três mil reais), atualizados a partir da data deste julgamento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 888.987-SP (2006/0209764-0)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Banco do Brasil S/A

Advogado: Gilberto Eifler Moraes e outros

Recorrido: José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza

Advogado: Rubens Andrade de Noronha e outros

EMENTA

Civil. Recurso especial. Ação de indenização. Danos morais. Extravio e roubo de talonário de cheques pertencentes ao autor. Emissão de um cheque devolvido por insuficiência de fundos. Ocorrência posterior de inclusão em órgão de proteção ao crédito. Negligência do banco caracterizada. Fixação do valor indenizatório. Redução. Divergência jurisprudencial.

1. Dissídio jurisprudencial comprovado, nos termos dos artigos 541, § único, do CPC, e 255, § 2º, do Regimento Interno desta Corte.

2. No presente pleito, o Tribunal de origem - ao concluir pela conduta ilícita do banco-recorrente, que, mesmo alertado do extravio/

roubo de talonário, deixou de anotar no verso do cheque, emitido por terceiro, o motivo correto da devolução, acarretando, assim, a devolução do título por insuficiência de provisão, e a posterior indevida inscrição do autor no Serasa - majorou o *quantum* indenizatório dos danos morais, fixado na sentença em R\$ 6.000,00, para valor equivalente a 100 (cem) salários mínimos.

3. Inobstante a comprovada ocorrência do dano, mas diante dos princípios de moderação e de razoabilidade, o montante fixado pelo Tribunal mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso. Assim, para assegurar ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito, e ajustando o valor indenizatório aos parâmetros adotados usualmente nesta Corte em casos semelhantes, fixo a indenização na quantia certa de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), restabelecendo-se, assim, o *quantum* fixado na sentença de primeiro grau.

4. *Recurso conhecido e provido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda, Cesar Asfor Rocha e Aldir Passarinho Júnior.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ 12.3.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Infere-se dos autos que *José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza* ajuizou a presente ação de indenização por danos morais contra *Banco do Brasil S/A*. Relatou o autor que, em 10.9.1998 foram

extraviados 104 talonários de cheques de clientes do banco réu, quando da remessa de Recife (PE) para Campinas (SP), sendo que, dentre eles, um era destinado ao autor. Narrou que o referido fato foi comunicado à Associação Comercial e Tele-Cheque, bem como feito Boletim de Ocorrência. Afirmou que um dos cheques, no valor de R\$ 85,00, pertencente ao talonário furtado e preenchido por pessoa desconhecida, teve seu pagamento recusado por “*falta de pagamento*” (alínea 21), quando o correto seria constar “*roubo ou furto*” (alínea 29). Em decorrência disso, o autor, com título protestado, foi incluído no cadastro de inadimplentes do *Serasa*. Informou, ainda, que, no início de 2000, foi procurado pela agência de cobrança *Audijur*, que pretendia receber o valor constante de um segundo cheque do referido talão. Aduziu que os fatos relatados deveriam-se à imprudência e negligência do banco requerido, razão pela qual requereu indenização por danos morais, em valor a ser arbitrado em Juízo (fls. 02-10).

Em contestação, alegou o banco réu, em preliminar, ilegitimidade passiva na causa e inépcia da inicial. No mérito, argüiu que os fatos se passaram pelo prazo de apenas 17 dias, período insuficiente para caracterizar o alegado dano moral (fls. 45-51).

O d. Juízo de primeiro grau julgou procedente a ação, condenando o banco réu ao pagamento, a título de indenização por danos morais, na importância de 30 (trinta) salários mínimos, equivalente à época a R\$ 6.000,00 (seis mil reais) (fls. 68-70).

Julgando o recurso de apelação interposto pelo autor, objetivando elevar o valor da indenização, *a Décima Oitava Câmara da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso, para majorar o quantum, fixando-o em 100 (cem) salários mínimos.*

O v. aresto recorrido restou assim ementado (fls.163), *verbis*:

Preparo. Recolhimento. Parte que, por ocasião da apresentação do recurso de apelação, recolheu a quantia pertinente. Valor que foi complementado, nos termos do art. 511, § 2º, do Código de Processo Civil. Preliminar repelida.

Condições da ação. Legítimo interesse. Presença deste requisito. Autor que pretende a elevação da indenização. Irrelevância do fato de ter deixado ao arbítrio do juiz a fixação desta. Caso em que, por estar o arbitramento em desacordo com sua expectativa, a parte pode buscar a revisão pela Superior Instância. Preliminar repelida.

Dano moral. Devolução de cheque. Ação de indenização. Roubo do talonário de cheques que pertencia ao autor. Uma das cópias constantes do talonário

foi emitida e devolvida por oposição de pagamento (alínea 21), quando o correto seria constar roubo ou furto (alínea 29). Ocorrência de protesto por falta de pagamento. Negligência do Banco caracterizada. Dano moral ao autor evidenciado. Necessidade de elevação do *quantum* indenizatório fixado, pois este se mostra irrisório. Ação procedente. Recurso provido.

O banco-apelado apresentou, então, recurso especial, fundamentado na alínea **c**, art. 105, III, do permissivo constitucional. Argumentou que o *quantum* arbitrado - montante equivalente a 100 (cem) salários mínimos - mostra-se nitidamente excessivo, muito acima do parâmetro estabelecido nesta Corte, que, em caso idêntico, adotou o valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Para caracterizar a alegada divergência jurisprudencial, colacionou julgados desta Corte (fls. 193-200).

As contra-razões foram ofertadas às fls. 213-220.

Admitido o recurso, às fls. 222, subiram os autos, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Srs. Ministros, como relatado, insurge-se o banco-recorrente contra o *decisum* colegiado, ementado às fls. 163, que, dando provimento ao apelo interposto pelo ora recorrido, majorou o valor indenizatório dos danos morais, estabelecido na sentença *a quo*, fixando-o em montante correspondente a 100 (cem) salários mínimos.

Em suas razões, fundamentadas na alínea **c**, art. 105, III, do permissivo constitucional, alega que o *quantum* arbitrado mostra-se nitidamente excessivo, muito acima do parâmetro estabelecido nesta Corte, que, em caso idêntico, adotou o valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Colaciona jurisprudência desta Corte em abono de seus argumentos.

Registro, primeiramente, que o dissídio jurisprudencial encontra-se devidamente comprovado, nos termos dos artigos 541, § único, do CPC, e 255, § 2º, do Regimento Interno desta Corte.

Quanto ao mérito da insurgência recursal, e como já relatado, a sentença singular fixou a indenização em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), tendo o Tribunal *a quo* majorado este montante, fixando-o em valor correspondente a 100 (cem)

salários mínimos, fundamentando o *decisum* nos seguintes termos (fls. 165-166), *verbis*:

Segundo a melhor doutrina, o que configura o dano moral é aquela alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo. Se do ato de outra pessoa resultar alteração desfavorável, aquela dor profunda que causa modificações no estado anímico, aí está o início da busca do dano moral.

(...) No caso dos autos, o autor sofreu aborrecimentos, constrangimentos, vexames, sentimentos e sensações negativas, devendo ser indenizado de forma digna.

A quantia arbitrada pelo culto Magistrado em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), é irrisória e não faz justiça ao autor, em razão dos inúmeros aborrecimentos sofridos, motivo pelo qual fica elevada para quantia correspondente a 100 (cem) salários mínimos (...).

No tocante ao valor indenizatório dos danos morais, fixado pelo Tribunal de origem em 100 (cem) salários mínimos, há de se considerar, *in casu*, os critérios de moderação e razoabilidade que informam os parâmetros avaliadores adotados por esta Corte.

De fato, como já decidiram ambas as Turmas que integram a 2ª Seção desta Corte, *constatando-se exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, do montante indenizatório do dano moral, descumprindo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a revisão nesta Corte da aludida quantificação.*

A propósito:

Indenização. Dano moral. Arbitramento.

O STJ tem exercido o controle das condenações relativas aos danos morais apenas quando o valor definido se mostrar, de um lado, ínfimo ou então, de outra parte, exacerbado.

Recurso especial não conhecido. (REsp n. 564.552-RS, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 16.2.2004).

Assim, inobstante a efetiva ocorrência do dano, e em observância aos princípios acima mencionados e atento às peculiaridades do caso em questão, assentadas nas instâncias ordinárias, entendo que o valor fixado mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso.

Destarte, ajustando-se o valor reparatório aos parâmetros adotados nesta Corte, e assegurando ao lesada justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito, reduzo o valor indenizatório, para fixá-lo na quantia certa de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), restabelecendo, assim, o *quantum* fixado na sentença monocrática.

Ante o exposto e por tais fundamentos, conheço e dou provimento ao recurso.

É como voto.



Súmula n. 389

SÚMULA N. 389

A comprovação do pagamento do “custo do serviço” referente ao fornecimento de certidão de assentamentos constantes dos livros da companhia é requisito de procedibilidade da ação de exibição de documentos ajuizada em face da sociedade anônima.

Referências:

Lei n. 6.404/1976, art. 100, § 1º.

Lei n. 9.457/1997, art. 1º.

Precedentes:

AgRg no REsp	920.221-RS	(4ª T, 27.11.2007 – DJ 10.12.2007)
AgRg no REsp	921.266-RS	(4ª T, 27.11.2007 – DJ 10.12.2007)
AgRg no REsp	922.080-RS	(4ª T, 20.11.2007 – DJ 03.12.2007)
AgRg no REsp	925.266-RS	(3ª T, 08.04.2008 – DJe 16.05.2008)
AgRg no REsp	935.796-RS	(4ª T, 19.08.2008 – DJe 13.10.2008)
AgRg no REsp	940.698-RS	(3ª T, 20.05.2008 – DJe 20.06.2008)
REsp	939.337-RS	(4ª T, 16.10.2007 – DJ 20.11.2007)
REsp	943.532-RS	(2ª S, 10.10.2007 – DJ 26.11.2007)
REsp	972.402-RS	(4ª T, 16.10.2007 – DJ 26.11.2007)
REsp	982.133-RS	(2ª S, 10.09.2008 – DJe 22.09.2008)

Segunda Seção, em 26.8.2009

DJe 1º.9.2009, ed. 430

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 920.221-RS
(2007/0018149-0)**

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Agravante: Idalino Feron

Advogado: Augustinho Gervásio Göttems Telöken e outro

Agravado: Brasil Telecom S/A

Advogado: Eduardo Freire Fernandes e outro(s)

EMENTA

Agravo regimental no recurso especial. Processual Civil. Ação de exibição de documento. Violação de preceitos processuais. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e n. 356 do STF. Recurso que não ataca o argumento central do acórdão recorrido. Súmula n. 283 do STF. Cobrança de taxa para fornecimento de certidão. Possibilidade. Precedente da Segunda Seção do STJ. Agravo improvido.

1. As alegadas violações dos arts. 355 e 366 do CPC não restaram debatidas e julgadas pela Corte de origem, estando ausente o prequestionamento, o que faz incidir as Súmulas n. 282 e n. 356 do e. STF.

2. Se o recurso não ataca frontalmente o argumento central do acórdão recorrido, qual seja, a permissão legal de cobrança de taxa, incide à espécie a Súmula n. 283 do e. STF.

3. A e. Segunda Seção do STJ já pacificou o entendimento de que a cobrança de taxa pela exibição de documentos por parte da empresa de telefonia tem amparo no art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976 (REsp n. 943.532-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior).

4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade,

em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 10.12.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de agravo regimental contra decisão de fls. 84-87, assim ementada:

Recurso especial. Processual Civil. Ação de exibição de documento. Violação de preceitos processuais. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e n. 356 do STF. Violação do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. Não cabimento do recurso especial. Hipótese que não se enquadra nas alíneas do art. 105, III, da Constituição Federal. Recurso que não ataca o argumento central do acórdão recorrido. Súmula n. 283 do STF. Necessidade de revolvimento de provas. Súmula n. 7 do STJ. Cobrança de taxa para fornecimento de certidão. Possibilidade. Precedente da Segunda Seção do STJ. Recurso parcialmente conhecido e, na extensão, improvido.

Afirma o agravante que todos os fundamentos da decisão recorrida foram atacados e houve o prequestionamento, sendo desnecessária a menção expressa de dispositivos legais; que houve violação do Código do Consumidor e que é descabida a exigência de taxa para exibição de documentos ou esgotamento da via administrativa; que não foi apreciado o dissídio, já que o STJ decide de modo contrário (fls. 97-101).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. O recurso não merece prosperar.

Como destacado no *decisum* agravado, não foram prequestionados os artigos 285-A, 355 e 366, todos do Código de Processo Civil, o que leva à incidência das Súmulas n. 282 e n. 356, ambas do e. Supremo Tribunal Federal.

2. Também da decisão atacada se colhe que não foi exigido o esgotamento das vias ordinárias, conforme o seguinte excerto:

Como se pode depreende, ao contrário do defendido pelo ora recorrente, não foi exigido o esgotamento prévio das vias administrativas, mas, tão-somente, o pagamento de taxa pelo serviço solicitado, nos termos do estatuído na Lei das Sociedades Anônimas; em que pese o recorrente centrar seu arrazoadado na possibilidade de manejo da ação cautelar de exibição de documentos, deixou de atacar frontalmente o argumento central do *decisum* vergastado, qual seja, a permissão legal de cobrança de referida taxa, de modo que mera assertiva de que a taxa seria um "absurdo", vedada pelo Código do Consumidor, não afasta a incidência da Súmula n. 283 do c. Supremo Tribunal Federal:

Súmula n. 283-STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

3. Ademais, a matéria se encontra pacificada no âmbito da e. Segunda Seção deste STJ, que, em 10 de outubro próximo passado, promulgou o entendimento de que a cobrança da aludida taxa pela empresa-recorrida para fornecimento de certidões tem amparo no art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei n. 9.457/1997 (*REsp n. 943.532-RS*, divulgado pelo *Informativo de Jurisprudência do STJ n. 335 - 8* a 12 de outubro de 2007), *verbis*:

Telefonia. Ação. Exibição. Documentos. Pagamento. Taxa. Certidão.

O ora recorrente ajuizou, contra a sociedade anônima de telecomunicações, ação de exibição de documentos referentes a contrato de participação financeira, com o fito de embasar posterior ação judicial. Alegava que pedido administrativo nesse mesmo sentido fora formulado junto à sociedade e findara inatendido. Contudo, já na apelação, houve a extinção do processo sem o julgamento do mérito por falta de interesse de agir, ao fundamento de que o recorrente não cuidara de instruir os autos com as cópias daquele seu pedido administrativo e nem do comprovante de pagamento da respectiva "taxa de serviço". O recorrente alegava, no especial, que comprovara tal pedido administrativo, porém, quanto à "taxa", dispors-se a efetuar o pagamento, mas desconhecia seu valor, a forma de cobrança e a quem pagar, dúvidas não solvidas pela sociedade. Diante disso, a Quarta Turma deste Superior Tribunal entendeu, em preliminar, remeter o julgamento do recurso à Segunda Seção, que dele não conheceu. Constatou-se

que a cobrança da aludida “taxa” pela sociedade para fornecimento de certidões tem amparo no art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei n. 9.457/1997. Dessarte, a sociedade pode exigir o prévio pagamento daquele valor para atender o pedido. Pagamento que, conforme o acórdão recorrido, não foi comprovado pelo recorrente (Súm. n. 7-STJ). Aquela mesma legislação também prevê, para a defesa do acionista, recurso administrativo à Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Assim, vê-se que a legislação, além de legitimar a cobrança da “taxa”, fornece meios para resguardar os interesses dos acionistas de modo objetivo, sem que se recorra ao Judiciário em um processo, à primeira vista, desnecessário. Quanto à afirmação de desconhecimento do valor da “taxa”, anotou-se que o próprio recorrente, na inicial, declina seu valor de vinte reais. A análise dos arts. 1º e 2º da Lei n. 9.507/1997, carente do indispensável prequestionamento, também não socorreria o recorrente, porque o cumprimento dos prazos lá estabelecidos só poderia ser reclamado após a anexação do comprovante de recolhimento da referida contraprestação. Precedentes citados: REsp n. 958.882-RS e REsp n. 924.226-RS. *REsp n. 943.532-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 10.10.2007.*

4. Do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 921.266-RS
(2007/0020354-7)**

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Agravante: Edson Ferreira Melchiades

Advogado: Augustinho Gervásio Göttems Telöken e outro(s)

Agravado: Brasil Telecom S/A

Advogado: Eduardo Freire Fernandes e outro(s)

EMENTA

Agravo regimental no recurso especial. Processual Civil. Ação de exibição de documento. Violação de preceitos processuais. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e n. 356 do STF. Recurso que não ataca o argumento central do acórdão recorrido. Súmula n. 283 do

STF. Cobrança de taxa para fornecimento de certidão. Possibilidade. Precedente da Segunda Seção do STJ. Agravo improvido.

1. As alegadas violações dos arts. 355 e 366 do CPC não restaram debatidas e julgadas pela Corte de origem, estando ausente o prequestionamento, o que faz incidir as Súmulas n. 282 e n. 356 do e. STF.

2. Se o recurso não ataca frontalmente o argumento central do acórdão recorrido, qual seja, a permissão legal de cobrança de taxa, incide à espécie a Súmula n. 283 do e. STF.

3. A e. Segunda Seção do STJ já pacificou o entendimento de que a cobrança de taxa pela exibição de documentos por parte da empresa de telefonia tem amparo no art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976 (REsp n. 943.532-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior)

4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 10.12.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de agravo regimental contra decisão de fls. 107-109, assim ementada:

Recurso especial. Processual Civil. Ação de exibição de documento. Violação de preceitos processuais. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e n. 356 do STF. Recurso que não ataca o argumento central do acórdão recorrido. Súmula n. 283 do STF. Cobrança de taxa para fornecimento de certidão. Possibilidade. Precedente da Segunda Seção do STJ. Recurso parcialmente conhecido e, na extensão, improvido.

Afirma o agravante que todos os fundamentos da decisão recorrida foram atacados e houve o prequestionamento específico, sendo desnecessária a menção expressa de dispositivos legais; que houve violação do Código do Consumidor e que é descabida a exigência de taxa para exibição de documentos ou esgotamento da via administrativa; que não foi apreciado o dissídio, já que o STJ decide de modo contrário (fls. 118-121).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. O recurso não merece prosperar.

Como destacado no *decisum* agravado, não foram prequestionados os artigos 355 e 366 do Código de Processo Civil, o que leva à incidência das Súmulas n. 282 e n. 356, ambas do e. Supremo Tribunal Federal.

2. Também da decisão atacada se colhe que não foi exigido o esgotamento das vias ordinárias, conforme o seguinte excerto:

Como se pode depreende, ao contrário do defendido pelo ora recorrente, não foi exigido o esgotamento prévio das vias administrativas, mas, tão-somente, o pagamento de taxa pelo serviço solicitado, nos termos do estatuído na Lei das Sociedades Anônimas; em que pese o recorrente centrar seu arrazoado na possibilidade de manejo da ação cautelar de exibição de documentos, deixou de atacar frontalmente o argumento central do *decisum* vergastado, qual seja, a permissão legal de cobrança de referida taxa, de modo que mera assertiva de que a taxa seria um “absurdo”, vedada pelo Código do Consumidor, não afasta a incidência da Súmula n. 283 do c. Supremo Tribunal Federal:

Súmula n. 283-STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

3. Ademais, a matéria se encontra pacificada no âmbito da e. Segunda Seção deste STJ, que, em 10 de outubro próximo passado, promulgou o entendimento de que a cobrança da aludida taxa pela empresa-recorrida para fornecimento de certidões tem amparo no art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei n. 9.457/1997 (*REsp n. 943.532-RS*, divulgado pelo *Informativo de Jurisprudência do STJ n. 335 - 8* a 12 de outubro de 2007), *verbis*:

Telefonia. Ação. Exibição. Documentos. Pagamento. Taxa. Certidão.

O ora recorrente ajuizou, contra a sociedade anônima de telecomunicações, ação de exibição de documentos referentes a contrato de participação financeira, com o fito de embasar posterior ação judicial. Alegava que pedido administrativo nesse mesmo sentido fora formulado junto à sociedade e findara inatendido. Contudo, já na apelação, houve a extinção do processo sem o julgamento do mérito por falta de interesse de agir, ao fundamento de que o recorrente não cuidara de instruir os autos com as cópias daquele seu pedido administrativo e nem do comprovante de pagamento da respectiva “taxa de serviço”. O recorrente alegava, no especial, que comprovara tal pedido administrativo, porém, quanto à “taxa”, dispors-se a efetuar o pagamento, mas desconhecia seu valor, a forma de cobrança e a quem pagar, dúvidas não solvidas pela sociedade. Diante disso, a Quarta Turma deste Superior Tribunal entendeu, em preliminar, remeter o julgamento do recurso à Segunda Seção, que dele não conheceu. Constatou-se que a cobrança da aludida “taxa” pela sociedade para fornecimento de certidões tem amparo no art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei n. 9.457/1997. Dessarte, a sociedade pode exigir o prévio pagamento daquele valor para atender o pedido. Pagamento que, conforme o acórdão recorrido, não foi comprovado pelo recorrente (Súm n. 7-STJ). Aquela mesma legislação também prevê, para a defesa do acionista, recurso administrativo à Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Assim, vê-se que a legislação, além de legitimar a cobrança da “taxa”, fornece meios para resguardar os interesses dos acionistas de modo objetivo, sem que se recorra ao Judiciário em um processo, à primeira vista, desnecessário. Quanto à afirmação de desconhecimento do valor da “taxa”, anotou-se que o próprio recorrente, na inicial, declina seu valor de vinte reais. A análise dos arts. 1º e 2º da Lei n. 9.507/1997, carente do indispensável prequestionamento, também não socorreria o recorrente, porque o cumprimento dos prazos lá estabelecidos só poderia ser reclamado após a anexação do comprovante de recolhimento da referida contraprestação. Precedentes citados: *REsp n. 958.882-RS* e *REsp n. 924.226-RS*. *REsp n. 943.532-RS*, *Rel. Min. Aldir Passarinho Junior*, julgado em 10.10.2007.

4. Do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 922.080-RS
(2007/0022799-7)**

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Agravante: Alceu Treib

Advogado: Augustinho Gervásio Göttems Telöken

Agravado: Brasil Telecom S/A

Advogado: Mariane Rodrigues Mary e outro(s)

EMENTA

Agravo regimental no recurso especial. Processual Civil. Ação de exibição de documento. Violação de preceitos processuais. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e n. 356 do STF. Recurso que não ataca o argumento central do acórdão recorrido. Súmula n. 283 do STF. Cobrança de taxa para fornecimento de certidão. Possibilidade. Precedente da Segunda Seção do STJ. Agravo improvido.

1. As alegadas violações dos arts. 355 e 366 do CPC não restaram debatidas e julgadas pela Corte de origem, estando ausente o prequestionamento, o que faz incidir as Súmulas n. 282 e n. 356 do e. STF.

2. Se o recurso não ataca frontalmente o argumento central do acórdão recorrido, qual seja, a permissão legal de cobrança de taxa, incide à espécie a Súmula n. 283 do e. STF.

3. A e. Segunda Seção do STJ já pacificou o entendimento de que a cobrança de taxa pela exibição de documentos por parte da empresa de telefonia tem amparo no art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976 (REsp n. 943.532-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Fernando Gonçalves e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 3.12.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de agravo regimental contra decisão de fls. 93-96, assim ementada:

Recurso especial. Processual Civil. Ação de exibição de documento. Violação de preceitos processuais. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e n. 356 do STF. Recurso que não ataca o argumento central do acórdão recorrido. Súmula n. 283 do STF. Cobrança de taxa para fornecimento de certidão. Possibilidade. Precedente da Segunda Seção do STJ. Recurso parcialmente conhecido e, na extensão, improvido.

Afirma o agravante que todos os fundamentos da decisão recorrida foram atacados e houve o prequestionamento específico, sendo desnecessária a menção expressa de dispositivos legais; que houve violação do Código do Consumidor e que é descabida a exigência de taxa para exibição de documentos ou esgotamento da via administrativa; que não foi apreciado o dissídio, já que o STJ decide de modo contrário (fls. 104-107).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. O recurso não merece prosperar.

Como destacado no *decisum* agravado, não foram prequestionados os artigos 355 e 366 do Código de Processo Civil, o que leva à incidência das Súmulas n. 282 e n. 356, ambas do e. Supremo Tribunal Federal.

2. Também da decisão atacada se colhe que não foi exigido o esgotamento das vias ordinárias, conforme o seguinte excerto:

Como se pode depreende, ao contrário do defendido pelo ora recorrente, não foi exigido o esgotamento prévio das vias administrativas, mas, tão-somente, o pagamento de taxa pelo serviço solicitado, nos termos do estatuído na Lei das Sociedades Anônimas; em que pese o recorrente centrar seu arrazoado na possibilidade de manejo da ação cautelar de exibição de documentos, deixou de atacar frontalmente o argumento central do *decisum* vergastado, qual seja, a permissão legal de cobrança de referida taxa, de modo que mera assertiva de que a taxa seria um “absurdo”, vedada pelo Código do Consumidor, não afasta a incidência da Súmula n. 283 do c. Supremo Tribunal Federal:

Súmula n. 283-STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

3. Ademais, a matéria se encontra pacificada no âmbito da e. Segunda Seção deste STJ, que, em 10 de outubro próximo passado, promulgou o entendimento de que a cobrança da aludida taxa pela empresa-recorrida para fornecimento de certidões tem amparo no art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei n. 9.457/1997 (*REsp n. 943.532-RS*, divulgado pelo *Informativo de Jurisprudência do STJ n. 335 - 8* a 12 de outubro de 2007), *verbis*:

Telefonia. Ação. Exibição. Documentos. Pagamento. Taxa. Certidão.

O ora recorrente ajuizou, contra a sociedade anônima de telecomunicações, ação de exibição de documentos referentes a contrato de participação financeira, com o fito de embasar posterior ação judicial. Alegava que pedido administrativo nesse mesmo sentido fora formulado junto à sociedade e findara inatendido. Contudo, já na apelação, houve a extinção do processo sem o julgamento do mérito por falta de interesse de agir, ao fundamento de que o recorrente não cuidara de instruir os autos com as cópias daquele seu pedido administrativo e nem do comprovante de pagamento da respectiva “taxa de serviço”. O recorrente alegava, no especial, que comprovara tal pedido administrativo, porém, quanto à “taxa”, dispors-se a efetuar o pagamento, mas desconhecia seu valor, a forma de cobrança e a quem pagar, dúvidas não solvidas pela sociedade. Diante disso, a Quarta Turma deste Superior Tribunal entendeu, em preliminar, remeter o julgamento do recurso à Segunda Seção, que dele não conheceu. Constatou-se que a cobrança da aludida “taxa” pela sociedade para fornecimento de certidões tem amparo no art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei n. 9.457/1997. Dessarte, a sociedade pode exigir o prévio pagamento daquele valor para atender o pedido. Pagamento que, conforme o acórdão recorrido, não foi comprovado pelo recorrente (Súm n. 7-STJ). Aquela mesma

legislação também prevê, para a defesa do acionista, recurso administrativo à Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Assim, vê-se que a legislação, além de legitimar a cobrança da "taxa", fornece meios para resguardar os interesses dos acionistas de modo objetivo, sem que se recorra ao Judiciário em um processo, à primeira vista, desnecessário. Quanto à afirmação de desconhecimento do valor da "taxa", anotou-se que o próprio recorrente, na inicial, declina seu valor de vinte reais. A análise dos arts. 1º e 2º da Lei n. 9.507/1997, carente do indispensável prequestionamento, também não socorreria o recorrente, porque o cumprimento dos prazos lá estabelecidos só poderia ser reclamado após a anexação do comprovante de recolhimento da referida contraprestação. Precedentes citados: REsp n. 958.882-RS e REsp n. 924.226-RS. *REsp n. 943.532-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 10.10.2007.*

4. Do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 925.266-RS
(2007/0029630-8)**

Relator: Ministro Ari Pargendler

Agravante: Armando Garcia de Oliveira

Advogado: Augustinho Gervásio Göttems Telöken e outro(s)

Agravado: Brasil Telecom S/A

Advogado: Tatiana Tissot Brito e outro(s)

EMENTA

Processo Civil. Ação cautelar. Exibição de documentos. A cobrança da taxa de serviço está prevista no artigo 100, § 1º, da Lei n. 6.404, de 1976. Agravo regimental não conhecido.

ACÓRDÃO

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

unanimidade, não conhecer do agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 8 de abril de 2008 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 16.5.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O agravo regimental ataca a seguinte decisão:

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que acolheu a preliminar de ausência de interesse processual extinguindo o processo, no que aqui interessa, assim ementado:

O acionista deve providenciar o pagamento da taxa de serviço na documentação pleiteada pela via administrativa, conforme previsto no § 1º do art. 100 da Lei n. 6.474/1976, Lei das Sociedades Anônimas (fl. 19).

Em 10 de outubro de 2007, em caso análogo, a Segunda Seção no REsp n. 943.532, RS, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, firmou entendimento no mesmo sentido do acórdão recorrido, o de que a cobrança da taxa de serviço está prevista no art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404, de 1976.

Nego, por isso, provimento ao recurso especial (fl. 114).

A teor das razões do recurso:

No que diz com o mérito da taxa referida, *data venia*, refoge aos limites da lide, tendo em vista que o que fez a decisão guerreada foi proclamar a ausência de interesse de agir em face da ausência de pagamento da taxa supostamente exigida pela ré, mas que sequer foi exigida pelo agravante.

O agravante formulou pedido administrativo de exibição dos documentos comuns e não obteve qualquer resposta, razão do ingresso da ação.

Evidente o interesse processual, resultando imperativa a reforma da decisão (fl. 124).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Conforme dito na decisão agravada, a jurisprudência da Segunda Seção consolidou-se no sentido de que a cobrança da taxa de serviço está prevista no artigo 100, § 1º, da Lei n. 6.404, de 1976.

Ademais, as razões do Agravo Regimental deixaram de atacar os fundamentos da decisão agravada, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula n. 182 do Superior Tribunal de Justiça.

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do agravo regimental.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 935.796-RS
(2007/0056554-6)**

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Agravante: Irineu Schwendler

Advogado: Augustinho Gervásio Göttems Telöken e outro(s)

Agravado: Brasil Telecom S/A

Advogado: Tatiana Tissot Brito e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Ação cautelar de exibição de documento. Recurso especial. Contrato de participação financeira. Fornecimento de certidões. Recusa. Recurso à Comissão de Valores Mobiliários. Lei n. 6.404/1976, art. 100, § 1º. Ausência do comprovante de recolhimento da “taxa de serviço”. Matéria fática reflexa. Súmula n. 7-STJ.

I. Nos termos do art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, pode a empresa exigir do interessado valor correspondente ao custo do serviço de fornecimento de certidões sobre dados constantes de livros societários.

II. Não demonstrado haver o autor requerido a obtenção dos documentos e concomitantemente apresentado o comprovante de pagamento da “taxa de serviço” que lhe era exigida, falece de interesse de agir para a ação de exibição de documentos.

III. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ.

IV. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) e Fernando Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 13.10.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Irineu Schwendler interpõe agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao seu recurso especial.

Alega que a cobrança de taxa de serviço não pode ser óbice ao acesso à Jurisdição, persistindo o interesse processual à instauração da demanda. Sustenta ainda a inaplicabilidade da Súmula n. 7-STJ, porquanto não se trata de reexame de prova, pois o Tribunal de origem reconheceu a ausência de interesse de agir sob o frágil pretexto de que a ré tem direito de cobrar pelas informações que deve ao outro contratante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Sem razão a agravante.

Ratifico os termos da decisão recorrida, que assim tratou da matéria, *verbis* (fls. 127-128):

Vistos.

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Colendo TJRS que, julgando ação de exibição de documentos, extinguiu o processo sem julgamento do mérito, em face da ausência de interesse de agir.

Não colhe o inconformismo. A conclusão do aresto recorrido guarda harmonia com a jurisprudência consolidada pela 2ª Seção desta Corte, segundo a qual “a cobrança de taxa para o fornecimento das certidões possui previsão no art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, na redação dada pela Lei n. 9.457/1997, art. 1º, e a Brasil Telecom pode exigir o prévio pagamento para atender ao pedido, prova (...) não apresentada pelo recorrente, nem mesmo durante a tramitação do feito, para eventualmente tornar prejudicada tal alegação, restando que no STJ, o tema, que fica restrito à satisfação desse requisito, encontra o óbice da Súmula n. 7”. Nesse sentido o REsp n. 943.532-RS (DJ. 26.11.2007, 2ª Seção, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior), cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

Processual Civil. Ação cautelar de exibição de documento. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Súmula n. 211-STJ. Contrato de participação financeira. Fornecimento de certidões. Recusa. Recurso à Comissão de Valores Mobiliários. Lei n. 6.404/1976, art. 100, § 1º. Ausência do comprovante de recolhimento da “taxa de serviço”. Matéria fática reflexa. Súmula n. 7-STJ.

I. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*” - Súmula n. 211-STJ.

II. Nos termos do art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, pode a empresa exigir do interessado valor correspondente ao custo do serviço de fornecimento de certidões sobre dados constantes de livros societários.

III. Não demonstrado haver o autor requerido a obtenção dos documentos e concomitantemente apresentado o comprovante de pagamento da “taxa de serviço” que lhe era exigida, falece de interesse de agir para a ação de exibição de documentos.

IV. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ.

V. Recurso especial não conhecido.

Diante do exposto, nego seguimento ao recurso especial (art. 557, *caput*, do CPC).

Publique-se.

Dessa forma, não há nulidades ou erros no julgamento, que atendeu aos pedidos formulados no recurso, de acordo com o entendimento unânime desta Corte a respeito, não trazendo o ora agravante qualquer elemento novo capaz de derruir os fundamentos acima expostos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 940.698-RS
(2007/0081586-5)**

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Agravante: Nelson Gastão Delavald

Advogados: Douglas Rafael Goetze e outro(s)

Moacir Leopoldo Haeser

Agravado: Brasil Telecom S/A

Advogado: Tatiana Tissot Brito e outro(s)

EMENTA

Processo Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Brasil Telecom. Ação cautelar de exibição de documento. Não comprovação de pagamento da taxa prevista no art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976. Falta de interesse. Divergência não demonstrada. Súmula n. 83-STJ. Improvimento.

I. “Não demonstrado haver o autor requerido a obtenção dos documentos e concomitantemente apresentado o comprovante de pagamento da ‘taxa de serviço’ que lhe era exigida, falece de interesse de agir para a ação de exibição de documentos” (REsp n. 943.532-RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 10.10.2007, DJ 26.11.2007, p. 115).

II. A divergência não restou demonstrada tendo em vista a ausência de similitude fática com o paradigma colacionado. Incidência da Súmula n. 83-STJ.

Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ari Pargendler e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 20 de maio de 2008 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 20.6.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: (1) Trata-se de agravo interno interposto por *Nelson Gastão Delavald* em face da decisão de fls. 115-116, que negou seguimento ao recurso especial, por incidência da Súmula n. 83 desta Corte.

(2) Pleiteia a reforma da decisão hostilizada, sob a alegação de que, na presente hipótese, “a ré sequer dignou-se a responder o pedido administrativo. Não exigiu o pagamento da taxa referida no acórdão, não podendo subsistir a decisão, que exige o esgotamento da via administrativa” (fl. 121). Sustenta a não incidência do referido óbice sumular, porquanto apresenta precedente desta Corte que corrobora sua alegação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): (3) A presente irrisignação não merece prosperar.

(4) Conforme consignado no aresto recorrido:

Verifica-se dos autos que as informações buscadas pelo autor poderiam ser obtidas junto à Companhia-ré por meio do pagamento do custo do serviço, e, acaso indeferido o pedido, poderia ela recorrer à Comissão de Valores Mobiliários.

A propósito, o requerimento de fls. 09-11, endereçado à ré, além de não mencionar a disposição pelo pagamento do custo do serviço, não se fez acompanhar do prévio recolhimento de tais valores, os quais poderiam ter sido obtidos antes do pedido, tampouco o prazo decorrido entre o pedido administrativo e o ingresso da ação tem o condão de, por si só, caracterizar a recusa tácita da ré no fornecimento de tais documentos.

Não se cuida aqui de exigir que o autor esgote as vias administrativas na busca de seu intento, mas, sim, de reconhecer que se afigura obrigação da empresa o fornecimento dos documentos reclamados mediante o pagamento do respectivo custo, já que, como referido, faculta a lei a sua cobrança. (fls. 78-79).

(5) Dessa forma, verifica-se que não restou demonstrada a alegação do agravante de que a empresa não exigiu o pagamento da taxa pelo serviço solicitado.

(6) Outrossim, a aventada divergência não restou demonstrada tendo em vista que, no precedente trazido à colação o acórdão recorrido explicitou que, diante do requerimento administrativo, a companhia manteve-se silente. Trata-se de hipótese diversa da presente em que não ocorreu esta comprovação.

(7) Destarte, inafastável a incidência da Súmula n. 83 do Superior Tribunal de Justiça, a inviabilizar o processamento do apelo extremo por ambas as alíneas do autorizativo constitucional.

(8) Pelo exposto, nega-se provimento ao agravo.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 939.337-RS (2007/0074576-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Salvador Antônio Comin

Advogado: Manfredo Erwino Mensch e outro(s)

Recorrido: Brasil Telecom S/A

Advogado: Eduardo Freire Fernandes e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Ação cautelar de exibição de documento. Recurso especial. Contrato de participação financeira. Fornecimento de certidões. Recusa. Recurso à Comissão de Valores Mobiliários. Lei n. 6.404/1976, art. 100, § 1º. Ausência do comprovante de recolhimento da “taxa de serviço”. Matéria fática reflexa. Súmula n. 7-STJ. Segunda Seção. Tema pacificado.

I. Nos termos do art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, pode a empresa exigir do interessado valor correspondente ao custo do serviço de fornecimento de certidões sobre dados constantes de livros societários, caso do Contrato de Participação Financeira.

II. Não demonstrado haver o autor requerido a obtenção dos documentos e concomitantemente apresentado o comprovante de pagamento da “taxa de serviço” que lhe era exigida, falece de interesse de agir para a ação de exibição de documentos.

III. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ.

IV. Tema pacificado no âmbito da E. Segunda Seção (REsp n. 943.532-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, julgado em 10.10.2007).

V. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e Fernando Gonçalves.

Brasília (DF), 16 de outubro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 26.11.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Salvador Antônio Comin interpõe, pela letra **a** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 79):

Apelação cível. Ação cautelar de exibição de documentos. Ações da CRT. Interesse processual e taxa de serviço. Prescrição. Não ocorre a prescrição do art. 287, II, g da Lei n. 6.404/1976, pois a pretensão não envolve direito societário, mas sim a correção da diferença de ações não subscritas em virtude de erro eventualmente cometido pela Companhia, controvérsia já resolvida no Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 70.013.792.072, do colendo 5º Grupo Cível.

Interesse processual: O acionista deve providenciar ao pagamento de taxa de serviço na documentação pleiteada pela via administrativa, conforme previsto no § 1º do art. 100 da Lei n. 6.474/1976, Lei das Sociedades Anônima. Em caso de negativa, dispõe inclusive de recurso à Comissão de Valores Mobiliários, fato a afetar o interesse processual do autor no ajuizamento prematuro de ação cautelar de exibição de documentos. Acolheram a preliminar de ausência de interesse processual, julgando extinto o feito sem resolução de mérito, prejudicados ambos os recursos. Unânime.

Alega o recorrente que a decisão violou os arts. 267, VI, do CPC, 100, § 1º da Lei n. 6.404/1976 e 1º e 2º da Lei n. 9.507/1997, ao argumento de que comprovou o pedido administrativo para obtenção das certidões e se dispôs a efetuar o pagamento, porém não sabe o valor a ser recolhido nem a forma de cobrança ou a quem pagar, sendo que não obteve resposta junto à Companhia demandada.

Por isso, sustenta possuir interesse processual diante do esgotamento das alternativas para conseguir a documentação solicitada, bem como deve ser imputada à recorrida a existência de lide, dada a sua inércia ante ao pedido administrativo.

Assere que os registros possuem caráter público, com acesso garantido a quaisquer interessados, atendido o prazo estipulado na Lei n. 9.507/1997, que é plenamente aplicável à espécie.

Conclui asseverando haver demonstrado seu interesse processual, devendo o STJ pronunciar-se sobre o mérito da ação, nos termos do art. 515, § 3º, da Lei Adjetiva Civil.

Contra-razões às fls. 119-122, dissociadas da realidade dos autos, em que a Brasil Telecom sustenta a ausência de contrariedade aos arts. 359, 461, § 5º, e 461-A, do CPC, e que não é cabível multa para coagir à satisfação do pedido.

O recurso especial foi admitido pela decisão presidencial de fls. 127-128.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Cuida-se de recurso especial contra a extinção, sem julgamento de mérito, de ação cautelar de exibição de documentos, proposta em desfavor da Brasil Telecom S.A. com o intuito de obter dados sobre contrato de participação financeira.

A c. Corte de origem fundamentou a decretação de carência de ação, com base nos seguintes argumentos (fls. 85-86):

Inicialmente ressalto estar alterando o meu entendimento quanto às ações de exibição de documentos contra a Brasil Telecom, preparatórias às de subscrição de diferença acionária, para reconhecer a ausência de interesse processual.

Com efeito, diz o art. 100 da Lei n. 6.404/1976 deva a Companhia guardar, além dos livros obrigatórios para qualquer comerciante, aqueles outros revestidos das mesmas formalidades legais e os arrola nos incisos I a VII. No parágrafo 1º, a norma é explícita no sentido de autorizar à companhia a cobrança pelo serviço de fornecimento de certidões dos seus assentamentos. Ademais, salienta-se a possibilidade de o acionista recorrer à Comissão de Valores Mobiliários em caso de recusa do pleito formulado nesse sentido.

Assim, havendo dispositivo legal facultando-lhe a cobrança, considero justa a exigência de pedido administrativo diretamente junto à Companhia, inclusive com o depósito dos custos dessa operação.

Ademais, mera correspondência enviada mediante "AR" ou ainda entregue diretamente a ré ou a seus prepostos, por si só não dá causa ao ajuizamento da cautelar de exibição, porquanto destituída do recolhimento prévio dos valores

de custeio do serviço ou, pelo menos, tivesse recusado. Não basta para tal mister a mera disposição em pagar tais despesas e afirmar um exíguo prazo, em geral de dez dias, porquanto é público e notória a existência de mais de cem mil processos tramitando contra a Brasil Telecom somente na Justiça Estadual deste Estado.

Não se trata, outrossim, de exigência de esgotamento das vias administrativas, mas de reconhecimento de uma via racional e legal à companhia para reduzir os seus custos operacionais decorrentes desta verdadeira “indústria de processos” constituída por massivos pedidos de exibição de documentos.

Não é raro em feitos como o presente, a presença de epístolas subscritas por uma lista de nomes de acionistas destituídas de qualquer depósito prévio, revelando assim o intuito de se inserir em “linha de produção” um grande conjunto de indivíduos reunidos temporariamente por uma causa momentânea, quando a Constituição nos traz soluções mais adequadas para a resolução dos interesses individuais homogêneos ou coletivos.

Certamente o Judiciário não se presta para essa finalidade, pois a Justiça serve para possibilitar as relações entre os homens, isto é, medir a eficiência da norma como regra para o comportamento intersubjetivo. Não para atender a comodidade de pessoas inconformadas com determinada norma jurídica. Já dizia Aristóteles:

As leis promulgadas sobre qualquer coisa visam à utilidade comum a todos, ou à utilidade de quem se destaca pela virtude ou por outra forma; desse modo, com uma só expressão definimos como justas as coisas que propiciam ou mantêm a felicidade ou parte dela na comunidade política.

Diante dessas circunstâncias o acionista deverá percorrer os trâmites dentro do ambiente societário, na conformidade do art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976.

Neste fanal, revela-se manifesta a falta de interesse processual do autor quanto ao pleito exhibitório, pois negligente seu proceder ao propor, de inopino, medida judicial, mormente quando sabedor da existência de centenas de pedidos administrativos protocolados diariamente nas sucursais da Companhia, e, em razão disso, as respostas não podem ser imediatas, especialmente, como no caso presente, sem prévio pagamento das despesas, por se tratar de relação societária e não de consumo.

Primeiramente, constata-se que a legislação previu, além da aludida taxa, também recurso administrativo à Comissão de Valores Mobiliários para a defesa do acionista, portanto fornecendo-lhe meios para resguardar seus interesses de modo objetivo, sem necessidade de recorrer ao Judiciário. E é até estranhável que ao invés de recolher uma simples taxa ou de buscar interferência da CVM,

prevista em lei, prefira a parte-autora instaurar processo litigioso, que se afigura, à primeira vista, desnecessário.

Consigna-se, em adição, que a cobrança de taxa para o fornecimento das certidões possui previsão no art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, na redação dada pela Lei n. 9.457/1997, art. 1º, e a Brasil Telecom pode exigir o prévio pagamento para atender ao pedido, prova, como consta da transcrição acima, não apresentada pelo recorrente, nem mesmo durante a tramitação do feito, para eventualmente tornar prejudicada tal alegação, restando que no STJ, o tema, que fica restrito à satisfação desse requisito, encontra o óbice da Súmula n. 7.

Nesse sentido se posicionou a c. 4ª Turma no julgamento dos AgR-REsp n. 958.882-RS, n. 924.226-RS e em dezesseis outros precedentes, para os quais ficou relator para o acórdão o e. Ministro Fernando Gonçalves (por maioria, julgados em 28.8.2007).

Pacificando a questão, a e. 2ª Seção também adotou o entendimento acima quando do julgamento do REsp n. 943.532-RS (Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, julgado em 10.10.2007).

Por fim, o cumprimento dos prazos estabelecidos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 9.507/1997, somente poderia ser reclamado após a formulação de requerimento hábil ao fim colimado, ou seja, com a anexação do comprovante de recolhimento da contraprestação, sem o que sequer está obrigada a recorrida a iniciar a pesquisa pretendida.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 943.532-RS (2007/0088247-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Paulo Roberto Dal Forno
Advogado: Manfredo Erwino Mensch
Recorrido: Brasil Telecom S/A
Advogado: Tatiana Tissot Brito e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Ação cautelar de exibição de documento. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Súmula n. 211-STJ. Contrato de participação financeira. Fornecimento de certidões. Recusa. Recurso à Comissão de Valores Mobiliários. Lei n. 6.404/1976, art. 100, § 1º. Ausência do comprovante de recolhimento da “taxa de serviço”. Matéria fática reflexa. Súmula n. 7-STJ.

I. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*” - Súmula n. 211-STJ.

II. Nos termos do art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, pode a empresa exigir do interessado valor correspondente ao custo do serviço de fornecimento de certidões sobre dados constantes de livros societários.

III. Não demonstrado haver o autor requerido a obtenção dos documentos e concomitantemente apresentado o comprovante de pagamento da “taxa de serviço” que lhe era exigida, falece de interesse de agir para a ação de exibição de documentos.

IV. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ.

V. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda, Ari Pargendler e Fernando Gonçalves. Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Sustentou oralmente, pela Recorrida, o Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 26.11.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Adoto o relatório do v. acórdão recorrido, *verbis* (fls. 84-85):

Paulo Roberto Dal Forno ajuizou ação de exibição de documentos contra **Brasil Telecom S/A**, objetivando a exibição dos *documentos relativos* ao Contrato de Participação Financeira firmado entre as partes, inclusive quanto à subscrição de ações.

Ao regular processamento do feito seguiu-se a sentença de fls. 46-49, onde o Juízo *a quo* julgou procedente o pedido. Condenou a demandada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 300,00 (trezentos reais).

A parte demandada interpõe recurso de apelação (fls. 51-64), pugnando pela reforma da decisão, alegando, em preliminar, a inépcia da petição inicial: a ausência de interesse processual da parte demandante, haja vista a possibilidade de obtenção dos documentos solicitados diretamente com a ré mediante o pagamento pelo custo dos serviços prestados. Em prefacial de mérito, aduz a prescrição trienal (art. 287, inciso II, alínea **g**, da Lei n. 6.404/1976) e, na matéria de fundo, aduz a prescindibilidade do ajuizamento da ação, já que possível a obtenção dos documentos junto ao Banco Bradesco S/A por ser depositário e administrador das ações, bem como assevera a inexistência de dever no fornecimento gratuito das informações contratuais. Insurge-se, ainda, com a condenação ao pagamento de honorários advocatícios e, acaso mantido o entendimento, pede que seja reduzido o valor fixado. Por fim, alega ser incabível a fixação de multa pelo descumprimento da obrigação, bem como deve ser a parte demandante condenada por litigância de má-fé.

Contra-razões em fls. 76-77, pela manutenção do *decisum*.

A 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, extinguiu o feito sem exame do mérito, ante a ausência de interesse de agir, em acórdão assim ementado (fl. 83):

Apelação cível. Direito privado não especificado. Ação cautelar de exibição de documentos Brasil Telecom S/A, sucessora da CRT. Documentação inerente ao contrato de participação financeira.

Processual Civil. Ausência de interesse processual.

Postulação na via administrativa sem o pagamento da taxa de serviço cobrada pela companhia com fundamento no § 1º do art. 100 da Lei n. 6.404/1976. Ausência de interesse de agir. Pretensão resistida não demonstrada.

Somente pode invocar a atuação do Estado-Juiz o titular de uma pretensão resistida na órbita do direito substancial.

Na espécie, falece direito à ação, por ausência de interesse de agir, à parte autora que não instruiu a petição inicial com cópias do pedido administrativo de exibição de documentos formulado junto à Companhia, mais o comprovante de pagamento (prévio ou concomitante) da “taxa de serviço”, uma vez que se trata de procedimento legal, devidamente amparado no § 1º do art. 100 da Lei n. 6.404/1976.

E, ausente o interesse de agir, é de ser extinto o processo sem resolução de mérito, conforme previsão contida no inciso VI do art. 267 do CPC.

Processo extinto sem resolução de mérito. Unânime.

Opostos embargos de declaração pelo autor às fls. 92-93, pugnando pelo prequestionamento dos arts. 1º e 2º da Lei n. 9.507/1997, relativamente ao prazo para deferimento do pedido, foi o recurso rejeitado às fls. 96-101.

Inconformado, Paulo Roberto Dal Forno interpõe recurso especial, com fulcro na letra **a** do permissivo constitucional, argüindo violação dos arts. 267, VI, do CPC c.c. art. 3º do CPC, 100, § 1º da Lei n. 6.404/1976 e 1º e 2º da Lei n. 9.507/1997, ao argumento de que comprovou o pedido administrativo para obtenção das certidões e se dispôs a efetuar o pagamento, porém não sabe o valor a ser recolhido nem a forma de cobrança ou a quem pagar, porém não obteve resposta.

Por isso, sustenta possuir interesse processual diante do esgotamento das alternativas para conseguir a documentação solicitada, bem como deve ser imputada à recorrida a existência de lide, dada sua recusa imotivada.

Assere que os registros possuem caráter público, com acesso garantido a quaisquer interessados, atendido o prazo estipulado na Lei n. 9.507/1997, que é plenamente aplicável à espécie.

Aduz que a recorrida tem negado o fornecimento das certidões porque serão utilizadas em processos judiciais onde vem sistematicamente sucumbindo.

Conclui asseverando haver demonstrado seu interesse processual, devendo o STJ pronunciar-se sobre o mérito da ação, nos termos do art. 515, § 3º, da Lei Adjetiva Civil.

Contra-razões às fls. 121-124, dissociadas da realidade dos autos, em que a Brasil Telecom sustenta a ausência de contrariedade aos arts. 359, 461, § 5º, e 461-A, do CPC, e que não é cabível multa para coagir à satisfação do pedido.

O recurso especial foi admitido pela decisão presidencial de fls. 129-130.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): - Cuida-se de recurso especial contra a extinção, sem julgamento de mérito, de ação cautelar de exibição de documentos, proposta em desfavor da Brasil Telecom S.A. com o intuito de obter dados sobre contrato de participação financeira.

Preliminarmente, entendo aplicáveis as Súmulas n. 282 do E. STF e n. 211 do STJ à alegada violação dos arts. 1º e 2º da Lei n. 9.507/1997, por ausência de prequestionamento. É que faltou o prévio pronunciamento da Câmara Julgadora acerca dos temas vinculados, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não encontrando, assim, condições de análise na instância especial, mormente porque não avertido malferimento ao art. 535 do CPC.

Quanto ao mais, apta a insurgência à análise do mérito.

A c. Corte de origem fundamentou a decretação de carência de ação, com base nos seguintes argumentos (fls. 85-89):

A pretensão disposta na presente demanda diz respeito a pedido de exibição de documentos inerentes a “Contrato de Participação Financeira” ajuizado com o intuito de a parte autora tomar conhecimento acerca de dados da contratação e da subscrição acionária, objetivando analisá-los e instruir eventual ação visando pleitear diferenças de ações e/ou dividendos acionários. Tal pleito é formulado sob a alegação de que o pedido formulado na via administrativa não restou atendido pela demandada.

Antes de adentrar na análise do mérito, saliento que, depois de muito meditar sobre o tema e aprofundar o estudo sobre a matéria, inclusive com a análise das novas teses e argumentos que vêm sendo defendidos por ambas as partes nesta espécie de ação – que, já há vários anos, como é de conhecimento público e notório, representa parcela significativa percentualmente e volumosa numericamente das demandas em trâmite neste Estado – revisei meu posicionamento anterior, adotado em diversos julgamentos proferidos nesta Câmara, inclusive para adequá-lo ao novo posicionamento adotado de forma unânime pelo Colegiado.

Com efeito, antes entendia, como os demais julgadores deste Órgão Fracionário, que a recusa da Companhia em apresentar os documentos referentes ao “Contrato de Participação Financeira” (à exceção do contrato propriamente dito, que sempre defendi desnecessário ao fim colimado e inviável de ser apresentado) ao acionista (ou mesmo ex-acionista) era injustificada, desde que demonstrado pela parte autora o prévio pedido administrativo.

Todavia, após muito meditar e reanalisar a questão sob todos os prismas, como antes salientado, cheguei à conclusão diversa.

Isto porque, em que pese a parte autora (modo genérico), via-de-regra, apresente prova de que tenha requerido a exibição dos documentos na via administrativa, não demonstra, no mais das vezes, ter adimplido, prévia ou concomitantemente ao pedido administrativo, a “taxa de serviço” cobrada pela Companhia a fim de cobrir custos com a diligência pleiteada.

Trata-se de cobrança legitimamente lastrada no § 1º do art. 100 da Lei n. 6.404/1976, *verbis*:

Art. 100. A companhia deve ter, além dos livros obrigatórios para qualquer comerciante, os seguintes, revestidos das mesmas formalidades legais:

I - o livro de Registro de Ações Nominativas, para inscrição, anotação ou averbação:

- a) do nome do acionista e do número das suas ações;
- b) das entradas ou prestações de capital realizado;
- c) das conversões de ações, de uma em outra espécie ou classe;
- d) do resgate, reembolso e amortização das ações, ou de sua aquisição pela companhia;
- e) das mutações operadas pela alienação ou transferência de ações;
- f) do penhor, usufruto, fideicomisso, da alienação fiduciária em garantia ou de qualquer ônus que grave as ações ou obste sua negociação.

II - o livro de “Transferência de Ações Nominativas”, para lançamento dos termos de transferência, que deverão ser assinados pelo cedente e pelo cessionário ou seus legítimos representantes;

III - o livro de “Registro de Partes Beneficiárias Nominativas” e o de “Transferência de Partes Beneficiárias Nominativas”, se tiverem sido emitidas, observando-se, em ambos, no que couber, o disposto nos números I e II deste artigo;

IV - o livro de Atas das Assembléias Gerais;

V - o livro de Presença dos Acionistas;

VI - os livros de Atas das Reuniões do Conselho de Administração, se houver, e de Atas das Reuniões de Diretoria;

VII - o livro de Atas e Pareceres do Conselho Fiscal.

§ 1º A qualquer pessoa, desde que se destinem a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal ou dos acionistas ou do mercado de valores mobiliários, serão dadas certidões dos assentamentos constantes dos livros mencionados nos incisos I a III, e por elas a companhia poderá cobrar o custo do serviço, cabendo, do

indeferimento do pedido por parte da companhia, recurso à Comissão de Valores Mobiliários (grifei).

2º Nas companhias abertas, os livros referidos nos incisos I a III do *caput* deste artigo poderão ser substituídos, observadas as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, por registros mecanizados ou eletrônicos.

Logo, a cobrança pelo serviço disponibilizado pela demandada para que seja implementado o pedido formulado pela parte autora na via administrativa se apresenta legalmente amparado e, se o acionista (ou ex-acionista) pretende tomar conhecimento de sua situação acionária na companhia em que participa ou participou, adequado e pertinente que se submeta às suas normas, mormente àquelas que não contrariam os dispositivos legais e, ao contrário, encontram-se expressamente previstas na legislação correlata.

Em decorrência disto, para que se evidencie o interesse de agir da parte autora para a demanda exhibitória na espécie presente, imperativo que instrua a petição inicial não só cópia do pedido efetuado na seara administrativa, mas também o comprovante de recolhimento da “taxa de serviço” cobrada pela Companhia, efetuado prévia ou concomitantemente ao protocolo do pleito administrativo, nos termos do regulamento ou instrução interna ditada pela Sociedade Anônima com fundamento no art. 100 da Lei n. 6.404/1976.

Inexistindo nos autos referidos documentos (pedido administrativo e comprovante de pagamento da “taxa de serviço”), forçoso concluir que inócua pretensão de direito material resistida, abstraindo-se o direito à ação, por ausência de interesse de agir.

E interesse de agir, como condição da ação, no conceito de Enrico Liebman (*In GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 80.*) consiste em:

um interesse processual secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente.

No caso concreto, em que pese tenha a parte autora instruído a exordial com cópia do pedido formulado na esfera administrativa, deixou de apresentar cópia do comprovante de pagamento (prévio ou concomitante) da “taxa de serviço” cobrada pela Companhia pelo serviço requerido.

Assim, nos termos antes postos, concluo que inexistente interesse de agir da parte autora, imprescindível ao eficaz processamento do feito, conforme dispõe o art. 3º do CPC.

E, ausente o interesse de agir da parte autora, aplicável a regra do inciso VI do art. 267 do Código de Processo Civil, com a extinção do processo sem resolução de mérito.

Destaco, ainda, que o alegado fato de ter a parte autora “se disposto” a pagar a “taxa de serviço” quando da entrega dos documentos não modifica a situação dos autos, na medida em que referido pagamento deve ser efetuado de forma prévia ou concomitante com o pedido, havendo de ser comprovado quando de seu protocolo. A demandada, por outro lado, não está obrigada a efetivar a pesquisa e impressão ou cópia de seus documentos antes de recolhida a taxa cobrada.

No que diz respeito à sucumbência, ainda que extinto o processo sem resolução de mérito, cumpre à parte autora arcar com as custas processuais e honorários advocatícios do procurador da ré, já que citada, os quais são arbitrados em R\$ 300,00 (trezentos reais), levando-se em conta o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, com fulcro no § 4º do art. 20 do CPC e devidamente sopesadas as moderadoras do § 3º do mesmo dispositivo legal. Suspensa a exigibilidade dos encargos sucumbenciais quanto à parte autora, decorrência do deferimento do benefício da Assistência Judiciária Gratuita, com respaldo no art. 12 da Lei n. 1.060/1950.

Dispositivo

Por estas razões, reconheço a ausência de interesse de agir da parte autora e extingo o processo sem resolução de mérito, forte no inciso VI do art. 267 do CPC, prejudicado o exame das demais questões tratada nos autos, conforme disposto na fundamentação.

Primeiramente, constata-se que a legislação previu, além da aludida taxa, também recurso administrativo à Comissão de Valores Mobiliários para a defesa do acionista, portanto fornecendo-lhe meios para resguardar seus interesses de modo objetivo, sem necessidade de recorrer ao Judiciário. E é até estranhável que ao invés de recolher uma simples taxa ou de buscar interferência da CVM, prevista em lei, prefira a parte-autora instaurar processo litigioso, que se afigura, à primeira vista, desnecessário.

Consigna-se, em adição, que a cobrança de taxa para o fornecimento das certidões possui previsão no art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, na redação dada pela Lei n. 9.457/1997, art. 1º, e a Brasil Telecom pode exigir o prévio pagamento para atender ao pedido, prova, como consta da transcrição acima, não apresentada pelo recorrente, nem mesmo durante a tramitação do feito, para eventualmente tornar prejudicada tal alegação, restando que no STJ, o tema, que fica restrito à satisfação desse requisito, encontra o óbice da Súmula n. 7.

Nesse sentido se posicionou a c. 4ª Turma no julgamento dos AgR-REsp n. 958.882-RS, n. 924.226-RS e em dezesseis outros precedentes, para os quais ficou relator para o acórdão o e. Ministro Fernando Gonçalves (por maioria, julgados em 28.8.2007).

E não adquire relevância alguma a afirmação de que o recorrente desconhece o valor da taxa de serviço (fls. 110 e 117), porquanto na inicial, à fl. 9 dos autos, ele próprio declina o valor de R\$ 20,00, o que demonstra, inclusive, procedimento incompatível com o dever de lealdade das partes.

Por fim, ainda que fosse viável a análise dos arts. 1º e 2º da Lei n. 9.507/1997, aos quais falta o indispensável prequestionamento, como visto anteriormente, o cumprimento dos prazos ali estabelecidos somente poderia ser reclamado após a formulação de requerimento hábil ao fim colimado, ou seja, com a anexação do comprovante de recolhimento da contraprestação, sem o que sequer está obrigada a recorrida a iniciar a pesquisa pretendida.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, a matéria já foi debatida no âmbito da Quarta Turma e, na ocasião, esse aspecto foi bem ressaltado. Apenas não me tinha ocorrido, porque não tive acesso aos autos, e agora o eminente Ministro Relator esclareceu, que uma das alegações do recurso especial que está no relatório, diz:

Inconformado, Paulo Roberto Dal Forno interpõe recurso especial ao argumento de que comprovou o pedido administrativo para a obtenção das certidões e se dispôs a efetuar o pagamento, porém, não sabe o valor a ser recolhido, nem a forma de cobrança ou a quem pagar, porém, não obteve resposta.

Mas o Sr. Ministro Relator acabou dizendo que na inicial, às fls. 09, ele mesmo dizia o valor, que era de vinte reais.

E nas contra-razões, há uma solicitação, inclusive, de uma aplicação da pena de litigância de má-fé.

“Por fim, alega ser incabível a fixação de multa pelo descumprimento (...), bem como deve ser a parte demandante condenada por litigância de má-fé”.

O venerando acórdão do Tribunal *a quo*, fixou os honorários advocatícios em trezentos reais, contra o qual também se insurge o recorrente especial e também a ele foi deferido o benefício da assistência judiciária gratuita.

Convém, penso eu, deixar registrado que esse comportamento não é compatível com o princípio da boa-fé processual, porque todo esse aparato, todo esse movimento e toda essa plethora de serviços que está caindo em todas as instâncias e, mormente, no Rio Grande do Sul, baseia-se em afirmações não condizentes com a realidade.

Parece-me um sinal de que tenhamos que nos deter, no sentido de impedir que esse tipo de comportamento se alastre, ainda mais, passando ao largo, sem qualquer referência, estaremos também, de certa maneira, fazendo vistas grossas a uma violação, a um princípio tão elementar, que deve reger as relações entre as pessoas em sociedade, que é a boa-fé.

Com essas observações, não conheço do recurso especial, acompanhando o voto do eminente Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 972.402-RS (2007/0178844-2)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: José Ignacio Xavier Molina e outros

Advogado: Manfredo Erwino Mensch

Recorrido: Brasil Telecom S/A

Advogado: Eduardo Freire Fernandes

EMENTA

Processual Civil. Ação cautelar de exibição de documento. Recurso especial. Contrato de participação financeira. Fornecimento de certidões. Recusa. Recurso à Comissão de Valores Mobiliários. Lei n. 6.404/1976, art. 100, § 1º. Ausência do comprovante de recolhimento da “taxa de serviço”. Matéria fática reflexa. Súmula n. 7-STJ. Segunda Seção. Tema pacificado.

I. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*” - Súmula n. 211-STJ.

II. Nos termos do art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, pode a empresa exigir do interessado valor correspondente ao custo do serviço de fornecimento de certidões sobre dados constantes de livros societários, caso do Contrato de Participação Financeira.

III. Não demonstrado haver o autor requerido a obtenção dos documentos e concomitantemente apresentado o comprovante de pagamento da “taxa de serviço” que lhe era exigida, falece de interesse de agir para a ação de exibição de documentos.

IV. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ.

V. Tema pacificado no âmbito da E. Segunda Seção (REsp n. 943.532-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, julgado em 10.10.2007).

VI. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e Fernando Gonçalves.

Brasília (DF), 16 de outubro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 26.11.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: - Adoto o relatório do v. acórdão recorrido, *verbis* (fls. 88-89):

Trata-se de ação de exibição de documentos ajuizada por **Jose Ignacio Xavier Molina, Hector Kleber Nunes Lopes e Leandro Dietter** contra **Brasil Telecom S/A**.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado pelos autores, determinando à ré que exhiba, no prazo de cinco dias, a cópia do livro registro de ações nominativas e os informes administrativo-financeiros relativos às contratações realizadas entre as partes. Pela sucumbência, condenou a requerida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.500,00 [um mil e quinhentos reais].

Irresignada, apela a ré.

Em razões [fls. 61-74] alega, preambularmente, que o pedido já se encontra atingido pelo manto da prescrição, fulcro no art. 287, II, alínea **g**, da Lei n. 6.404/1976. Suscita, preliminarmente, a inépcia da inicial com fundamento no fato de que não foram fornecidas informações suficientes para a busca das informações pleiteadas no banco de dados da Companhia, e, ainda, a carência de ação por falta de interesse processual com base no argumento de que, conforme disposto no artigo 100 da mesma Lei, os documentos podem ser obtidos administrativamente, mediante simples pagamento de taxa pelas despesas oriundas do fornecimento das informações. No mérito, assevera que com a incorporação da CRT pela Brasil Telecom S/A, o Banco Bradesco S/A passou a ser o responsável por todas as informações relativas às ações da Companhia, o qual disponibiliza a todos os acionistas os extratos acionários. Requer, ao final, sejam acolhidas as preliminares levantadas, e julgado extinto o feito. Caso superadas as prefaciais, seja julgado improcedente o pedido, com a condenação da parte apelada ao pagamento das custas e honorários advocatícios. Modo diverso, seja então reduzida a verba honorária. Requer, ademais, sejam impostas aos requerentes as penalidades da litigância de má-fé.

Recebido o apelo, foi contra-arrazoado pelos autores (fls. 80-81).

Remetidos os autos a esta Corte, por distribuição vieram-me conclusos para julgamento.

É o relatório.

A 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, extinguiu o feito sem exame do mérito, ante a ausência de interesse de agir, em acórdão assim ementado (fl. 87):

Ação cautelar de exibição de documentos. Brasil Telecom S/A. Sentença de procedência. Preliminar de carência da ação de exibição por falta de interesse de agir, acolhida. Justa recusa da companhia ao fornecimento dos dados na via administrativa, ante o não-pagamento da taxa prevista no § 1º do art. 100 da Lei n. 6.404/1976.

Ineficaz o encaminhamento de pedido administrativo de exibição de dados e informações relativas a contrato de participação financeira, desacompanhado de comprovação de pagamento da taxa devida (§ 1º do art. 100 da Lei n. 6.404/1976), carece de interesse o acionista para postular exibição de documentos. O simples anúncio ou a intenção de pagamento do custo de tal serviço não legitima a parte a postular judicialmente a exibição dos dados contratuais. É necessária a prova do pagamento efetivo da taxa a que se refere o § 1º do art. 100 da Lei n. 6.404/1976, prévia ou concomitantemente ao protocolo do pedido administrativo.

Accolhida a preliminar de falta de interesse processual e extinto o processo sem julgamento de mérito. Prejudicado o exame das demais questões. Unânime.

Opostos embargos de declaração pelos autores às fls. 96-97, pugnando pelo prequestionamento dos arts. 1º e 2º da Lei n. 9.507/1997, relativamente ao prazo para deferimento do pedido, foi o recurso rejeitado às fls. 100-103.

Inconformados, José Ignacio Xavier Molina e outros interpõem recurso especial, com fulcro na letra **a** do permissivo constitucional, argüindo violação dos arts. 267, VI, do CPC c.c. art. 3º do CPC, 100, § 1º da Lei n. 6.404/1976 e 1º e 2º da Lei n. 9.507/1997, ao argumento de que comprovaram o pedido administrativo para obtenção das certidões e se dispuseram a efetuar o pagamento, porém não sabem o valor a ser recolhido nem a forma de cobrança ou a quem pagar.

Por isso, sustentam possuir interesse processual diante do esgotamento das alternativas para conseguir a documentação solicitada, bem como deve ser imputada à recorrida a existência de lide, dada sua recusa imotivada.

Asserem que os registros possuem caráter público, com acesso garantido a quaisquer interessados, atendido o prazo estipulado na Lei n. 9.507/1997, que é plenamente aplicável à espécie.

Aduzem que a recorrida tem negado o fornecimento das certidões porque serão utilizadas em processos judiciais onde vem sistematicamente sucumbindo.

Concluem asseverando haver demonstrado seu interesse processual, devendo o STJ pronunciar-se sobre o mérito da ação, nos termos do art. 515, § 3º, da Lei Adjetiva Civil.

Contra-razões às fls. 126-129, dissociadas da realidade dos autos, em que a Brasil Telecom sustenta a ausência de contrariedade aos arts. 359, 461, § 5º, e 461-A, do CPC, e que não é cabível multa para coagir à satisfação do pedido.

O recurso especial foi admitido pela decisão presidencial de fls. 134-135.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): - Cuida-se de recurso especial contra a extinção, sem julgamento de mérito, de ação cautelar de exibição de documentos, proposta em desfavor da Brasil Telecom S.A. com o intuito de obter dados sobre contrato de participação financeira.

Preliminarmente, entendo aplicáveis as Súmulas n. 282 do E. STF e n. 211 do STJ à alegada violação dos arts. 1º e 2º da Lei n. 9.507/1997, por ausência de prequestionamento. É que faltou o prévio pronunciamento da Câmara Julgadora acerca dos temas vinculados, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não encontrando, assim, condições de análise na instância especial, mormente porque não avertido malferimento ao art. 535 do CPC.

Quanto ao mais, apta a insurgência à análise do mérito.

A c. Corte de origem fundamentou a decretação de carência de ação, com base nos seguintes argumentos (fls. 90-93):

Como de todos sabido, são inúmeras as ações de exibição ajuizadas contra a ré, com vistas a instruir futuros pedidos de complementação de ações, a ponto de praticamente monopolizar a prestação jurisdicional de primeiro e segundo grau. Desnecessariamente, a meu ver, na medida em que o pedido de exibição de documentos pode ser formulado incidentalmente, nos termos do art. 355 do CPC.

Assim, embora viesse julgando procedentes tais pedidos, quando deixado sem resposta pela Companhia requerimento encaminhado pelo acionista no âmbito administrativo, em sincronia com os demais integrantes da Câmara reconsiderarei meu posicionamento, para julgar os autores carecedores de ação, por falta de interesse.

Nada obstante tenham os autores comprovado o encaminhamento de pedido administrativo de exibição de dados e informações relativas a contrato de participação financeira firmado com a Companhia, não comprovaram o pagamento do custo do serviço pleiteado, na forma do disposto no § 1º do art. 100 da Lei n. 6.404/1976.

Ora, sem que tenham postulado devidamente as informações, entenda-se com prévio ou concomitante pagamento da taxa fixada, justificada a inércia da requerida.

Desse modo, tenho por evidenciada a falta de interesse de agir dos autores por não comprovarem o recolhimento da taxa de serviço prévia ou concomitantemente ao pedido administrativo formulado.

O simples anúncio ou a intenção de pagamento do custo de tal serviço não legitima a parte a postular judicialmente a exibição dos dados contratuais. É

necessária a prova do pagamento efetivo da taxa a que se refere o § 1º do art. 100 da Lei n. 6.404/1976, prévia ou concomitantemente ao protocolo do pedido administrativo.

Este o entendimento desta Câmara a respeito:

Apelação cível. Exibição de documentos. CRT. Contrato de participação financeira e documentos correlatos. Obrigação de guardar os registros de ações e fornecer certidão dos assentamentos, mediante pagamento da taxa pelo custo do serviço. Art. 100 e § 1º da Lei n. 6.404/1976.

Nos termos do art. 100 da Lei n. 6.404/1976, a companhia tem o dever de manter a guarda dos livros obrigatórios e outros, pertinentes ao registro das ações dos acionistas. Nos termos do § 1º do referido dispositivo legal, tem igualmente a obrigação de fornecer a qualquer pessoa ou aos acionistas certidão dos assentamentos constantes nos livros referidos acima, podendo cobrar pelo custo do serviço. Em decorrência, não há interesse em propor ação exhibitória de documentos, pois a parte dispõe de meios outros, previstos em lei, para obtenção dos documentos. A simples remessa de correspondência à sede da ré não tem o condão de demonstrar, por si só, a recusa tácita desta no fornecimento dos documentos reclamados na inicial, quando deixou o recorrente de recolher previamente os valores relativos ao custo do serviço. Sentença de improcedência confirmada. *Apelação desprovida.* (Apelação Cível n. 70.015.706.146, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do RS, Rel. Dês. André Luis Planella Villarinho, j. 28.9.2006).

Apelação cível. Direito privado não especificado. Ação cautelar de exibição de documentos. Brasil Telecom S/A, sucessora da CRT. Documentação inerente ao contrato de participação financeira.

Preliminares.

Legitimidade ativa. O acionista, face à relação contratual que mantivera ou mantém com a companhia, tem legitimidade para questionar a exibição de documentos, inclusive por se tratar de cautela de caráter satisfativo, a qual não demanda, obrigatoriamente, o ajuizamento de ação objetivando diferença acionária.

Processual Civil. Ausência de interesse processual. Postulação na via administrativa sem o pagamento da taxa de serviço cobrada pela companhia com fundamento no § 1º do art. 100 da Lei n. 6.404/1976. Ausência de interesse de agir. Pretensão resistida não demonstrada.

Somente pode invocar a atuação do Estado-Juiz o titular de uma pretensão resistida na órbita do direito substancial.

Na espécie, falece direito à ação, por ausência de interesse de agir, à parte autora que não instruiu a petição inicial com cópias do pedido

administrativo de exibição de documentos formulado junto à Companhia, mais o comprovante de pagamento (prévio ou concomitante) da “taxa de serviço”, uma vez que se trata de procedimento legal, devidamente amparado no § 1º do art. 100 da Lei n. 6.404/1976.

E, ausente o interesse de agir, é de ser extinto o processo sem julgamento de mérito, conforme previsão contida no inciso VI do art. 267 do CPC.

Mantida a extinção do processo sem julgamento de mérito, ainda que por fundamento diverso da sentença.

Negaram provimento. Unânime. (Apelação Cível n. 70.015.341.845, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do RS, Rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, j. 21.9.2006).

Apelação cível. Ação cautelar de exibição de documentos. Ações da CRT. Interesse processual e taxa de serviço.

Prescrição. Não ocorre a prescrição do art. 287, II, **g** da Lei n. 6.404/1976, pois a pretensão não envolve direito societário, mas sim a correção da diferença de ações não subscritas em virtude de erro eventualmente cometido pela Companhia, controvérsia já resolvida no Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 70.013.792.072, do colendo 5º Grupo Cível.

Interesse processual: O acionista deve providenciar ao pagamento de taxa de serviço na documentação pleiteada pela via administrativa, conforme previsto no § 1º do art. 100 da Lei n. 6.474/1976, Lei das Sociedades Anônima. Em caso de negativa, dispõe inclusive de recurso à Comissão de Valores Mobiliários, fato a afetar o interesse processual do autor no ajuizamento prematuro de ação cautelar de exibição de documentos.

De ofício, desconstituíram a decisão declaratória da prescrição e julgaram extinto o feito sem resolução de mérito, prejudicado o recurso de apelação. Unânime (Apelação Cível n. 70.016.496.143, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do RS, Rel. Des. Mario Rocha Lopes Filho, j. 21.9.2006).

Vale ressaltar que na hipótese de realizado o pagamento da taxa concomitantemente ao pedido administrativo, e ainda assim não sendo exibidos os dados e ou informações pela companhia, dispõe a parte de recurso à Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do disposto no mesmo § 1º do art. 100 da Lei n. 6.404/1976.

Nada obstante inexistente o esgotamento das vias administrativas para fins de ajuizamento de ação de exibição de documentos, imprescindível ao acolhimento do pedido a comprovação do requerimento administrativo e do recolhimento da respectiva taxa de serviço, sem o que falece aos autores interesse processual.

Pelo exposto, acolho a preliminar de falta de interesse processual, forte no inciso VI do art. 267 do Código de Processo Civil, e julgo extinto o processo, sem julgamento de mérito. Sucumbentes, deverão os autores arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Primeiramente, constata-se que a legislação previu, além da aludida taxa, também recurso administrativo à Comissão de Valores Mobiliários para a defesa do acionista, portanto fornecendo-lhe meios para resguardar seus interesses de modo objetivo, sem necessidade de recorrer ao Judiciário. E é até estranhável que ao invés de recolher uma simples taxa ou de buscar interferência da CVM, prevista em lei, prefiram os autores instaurar processo litigioso, que se afigura, à primeira vista, desnecessário.

Consigna-se, em adição, que a cobrança de taxa para o fornecimento das certidões possui previsão no art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, na redação dada pela Lei n. 9.457/1997, art. 1º, e a Brasil Telecom pode exigir o prévio pagamento para atender ao pedido, prova, como consta da transcrição acima, não apresentada pelos recorrentes, nem mesmo durante a tramitação do feito, para eventualmente tornar prejudicada tal alegação, restando que no STJ, o tema, que fica restrito à satisfação desse requisito, encontra o óbice da Súmula n. 7.

Nesse sentido se posicionou a c. 4ª Turma no julgamento dos AgR-REsp n. 958.882-RS, n. 924.226-RS e em dezesseis outros precedentes, para os quais ficou relator para o acórdão o e. Ministro Fernando Gonçalves (por maioria, julgados em 28.8.2007).

Pacificando a questão, a e. 2ª Seção também adotou o entendimento acima quando do julgamento do REsp n. 943.532-RS (Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, julgado em 10.10.2007).

E não adquire relevância alguma a afirmação de que os recorrentes desconhecem o valor da taxa de serviço (fls. 114 e 121), porquanto na inicial, à fl. 9 dos autos, eles próprios declinam o valor de R\$ 20,00, o que demonstra, inclusive, procedimento incompatível com o dever de lealdade das partes.

Por fim, ainda que fosse viável a análise dos arts. 1º e 2º da Lei n. 9.507/1997, aos quais falta o indispensável prequestionamento, como visto anteriormente, o cumprimento dos prazos ali estabelecidos somente poderia ser reclamado após a formulação de requerimento hábil ao fim colimado, ou seja,

com a anexação do comprovante de recolhimento da contraprestação, sem o que sequer está obrigada a recorrida a iniciar a pesquisa pretendida.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 982.133-RS (2007/0185490-1)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Zeli Reis da Silva

Advogado: Ricardo Rapoport

Recorrido: Brasil Telecom S/A

Advogado: Priscila Feijó Mylius e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Ação cautelar de exibição de documento. Recurso especial. Contrato de participação financeira. Fornecimento de documentos com dados societários. Recusa. Recurso à Comissão de Valores Mobiliários. Lei n. 6.404/1976, art. 100, § 1º. Ausência do comprovante de recolhimento da “taxa de serviço”.

Recurso especial repetitivo. Lei n. 11.672/2008. Resolução-STJ n. 8, de 7.8.2008. Aplicação.

I. Falta ao autor interesse de agir para a ação em que postula a obtenção de documentos com dados societários, se não logra demonstrar:

a) haver apresentado requerimento formal à ré nesse sentido;

b) o pagamento pelo custo do serviço respectivo, quando a empresa lhe exigir, legitimamente respaldada no art. 100, parágrafo, 1º da Lei n. 6.404/1976.

II. Julgamento afetado à 2a. Seção com base no Procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução-STJ n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos).

III. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Seção por unanimidade, não conhecer do Recurso Especial, aplicando os termos da lei de recursos especiais repetitivos, com as determinações constantes do acórdão da lavra do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão, Carlos Fernando Mathias (Juiz federal convocado do TRF 1ª Região) e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Sustentou oralmente, pela Recorrida, o Dr. Sérgio Antônio Ferrari Filho.

Brasília (DF), 10 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 22.9.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Zeli Reis da Silva ajuizou ação de exibição de documentos contra a Brasil Telecom S/A, objetivando o fornecimento dos documentos relativos ao Contrato de Participação Financeira firmado entre as partes, inclusive quanto à subscrição de ações.

Ao regular processamento do feito seguiu-se a sentença de fls. 25-29, na qual o juízo singular extinguiu o processo sem julgamento de mérito, em virtude da falta de demonstração do interesse processual.

A autora interpôs apelação, pugnando pela reforma da decisão, alegando que solicitou a apresentação dos documentos pleiteados, não obtendo êxito, havendo tentado, inclusive, protocolar um pedido por escrito, mas o representante da companhia recusou-se a assinar. Requeru, assim, o provimento do recurso para que a demanda fosse julgada procedente.

A ré apresentou contra-razões em fls. 41-43, requerendo a manutenção do *decisum*.

A 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, negou provimento à apelação, ante a ausência de interesse de agir, em acórdão assim ementado (fl. 83):

Ação de exibição de documentos. Interesse processual.

Para restar caracterizado o interesse processual no ajuizamento da ação cautelar de exibição de documentos, a parte deve comprovar o desatendimento do pedido na via administrativa, o que caracteriza a pretensão resistida.

Opostos embargos de declaração pela autora às fls. 54-57, pugnando pelo prequestionamento dos arts. 358, 844, II, do CPC, 6º, VIII, do CDC e 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, foi o recurso rejeitado às fls. 60-66.

Inconformada, a autora interpõe recurso especial, com fulcro nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, argüindo violação aos arts. 355, 358, 844, II, do CPC, 6º, VIII, do CDC e 100 da Lei n. 6.404/1976.

Alega que a recorrida possui obrigação legal de fornecer os documentos requeridos, e pode fazê-lo com facilidade, não havendo qualquer justificativa para a sonegação.

Sustenta que a inexistência de pedido extrajudicial não enseja o reconhecimento da falta de interesse processual, pois o pedido administrativo e o pagamento de taxa pelo custo do serviço não constituem requisitos para o acesso ao Judiciário, não havendo que se impor tal óbice à parte hipossuficiente na relação contratual.

Aduz que a recorrida tem negado o fornecimento das certidões porque serão utilizadas em processos judiciais onde ela vem sistematicamente sucumbindo.

Por sua vez, a Brasil Telecom S/A interpõe recurso especial alegando a prescrição da pretensão com fulcro no art. 287, II, **g** da Lei n. 6.404/1976.

Em suas contra-razões ao especial da autora, a Brasil Telecom alega, preliminarmente, a ausência de prequestionamento dos dispositivos legais indicados, bem como ausência de configuração do dissídio jurisprudencial.

No mérito, aduz inexistir relação de consumo entre as partes, e afirma que a documentação pretendida pela recorrente é fornecida mediante simples requerimento administrativo à própria empresa ou ao Banco Bradesco S/A.

Argumenta que o art. 100, § 1º da Lei n. 6.404/1976 permite a cobrança do custo do serviço, não tendo a autora instruído os autos sequer com a prova da

negativa de fornecimento da documentação, razão pela qual se revela correta a extinção do feito sem julgamento do mérito. Alega que demandas semelhantes são levadas à apreciação do Poder Judiciário, sem necessidade, com a nítida intenção de auferir honorários advocatícios.

A decisão presidencial de fls. 106-107 admitiu o recurso da autora, mas negou provimento ao da Brasil Telecom, circunstância que ensejou a interposição de agravo de instrumento pela empresa (fl. 109), a qual, ulteriormente, requereu a desistência do mesmo, homologada pela decisão de fl. 121.

Verificando tratar-se de recurso repetitivo, versando sobre matéria já pacificada pela 2ª Seção do STJ, afetei o processo a este Colegiado, nos termos do art. 543-C, parágrafo 2º, do CPC, na redação dada pela Lei n. 11.672, de 8.5.2008, e do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Resolução-STJ n. 8 de 7.8.2008, dada vista ao Ministério Público Federal.

Parecer da d. Subprocuradoria-Geral da República às (fls. 164-172, manifestando-se no sentido do improvemento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial em ação cautelar na qual o autor postula seja judicialmente ordenado à ré, Brasil Telecom S/A, o fornecimento de documentação societária destinada a fazer prova em lide ordinária futura, para vindicação de direitos alusivos a diferenças de ações decorrentes de contrato de participação financeira celebrado quando da aquisição de linha telefônica.

A ação foi julgada extinta em 1º e 2º graus, por ausência de interesse de agir, aviado o especial da autora pelas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, suscitando ofensa aos arts. 355, 358, 844, II, do CPC, 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor e 100 da Lei n. 6.404/1976, além de dissídio jurisprudencial.

Estou em que o acórdão objurgado não merece reforma.

No julgamento do REsp n. 943.532-RS, afetado à esta 2ª Seção, proferi, como relator, o seguinte voto em hipótese assemelhada:

A c. Corte de origem fundamentou a decretação de carência de ação, com base nos seguintes argumentos (fls. 85-89):

A pretensão disposta na presente demanda diz respeito a pedido de exibição de documentos inerentes a “Contrato de Participação Financeira” ajuizado com o intuito de a parte autora tomar conhecimento acerca de dados da contratação e da subscrição acionária, objetivando analisá-los e instruir eventual ação visando pleitear diferenças de ações e/ou dividendos acionários. Tal pleito é formulado sob a alegação de que o pedido formulado na via administrativa não restou atendido pela demandada.

Antes de adentrar na análise do mérito, saliento que, depois de muito meditar sobre o tema e aprofundar o estudo sobre a matéria, inclusive com a análise das novas teses e argumentos que vêm sendo defendidos por ambas as partes nesta espécie de ação – que, já há vários anos, como é de conhecimento público e notório, representa parcela significativa percentualmente e volumosa numericamente das demandas em trâmite neste Estado – revisei meu posicionamento anterior, adotado em diversos julgamentos proferidos nesta Câmara, inclusive para adequá-lo ao novo posicionamento adotado de forma unânime pelo Colegiado.

Com efeito, antes entendia, como os demais julgadores deste Órgão Fracionário, que a recusa da Companhia em apresentar os documentos referentes ao “Contrato de Participação Financeira” (à exceção do contrato propriamente dito, que sempre defendi desnecessário ao fim colimado e inviável de ser apresentado) ao acionista (ou mesmo ex-acionista) era injustificada, desde que demonstrado pela parte autora o prévio pedido administrativo.

Todavia, após muito meditar e reanalisar a questão sob todos os prismas, como antes salientado, cheguei à conclusão diversa.

Isto porque, em que pese a parte autora (modo genérico), via-de-regra, apresente prova de que tenha requerido a exibição dos documentos na via administrativa, não demonstra, no mais das vezes, ter adimplido, prévia ou concomitantemente ao pedido administrativo, a “taxa de serviço” cobrada pela Companhia a fim de cobrir custos com a diligência pleiteada.

Trata-se de cobrança legitimamente lastrada no § 1º do art. 100 da Lei n. 6.404/1976, *verbis*:

Art. 100. A companhia deve ter, além dos livros obrigatórios para qualquer comerciante, os seguintes, revestidos das mesmas formalidades legais:

I - o livro de Registro de Ações Nominativas, para inscrição, anotação ou averbação:

- a) do nome do acionista e do número das suas ações;
- b) das entradas ou prestações de capital realizado;

- c) das conversões de ações, de uma em outra espécie ou classe;
- d) do resgate, reembolso e amortização das ações, ou de sua aquisição pela companhia;
- e) das mutações operadas pela alienação ou transferência de ações;
- f) do penhor, usufruto, fideicomisso, da alienação fiduciária em garantia ou de qualquer ônus que grave as ações ou obste sua negociação.

II - o livro de "Transferência de Ações Nominativas", para lançamento dos termos de transferência, que deverão ser assinados pelo cedente e pelo cessionário ou seus legítimos representantes;

III - o livro de "Registro de Partes Beneficiárias Nominativas" e o de "Transferência de Partes Beneficiárias Nominativas", se tiverem sido emitidas, observando-se, em ambos, no que couber, o disposto nos números I e II deste artigo;

IV - o livro de Atas das Assembléias Gerais;

V - o livro de Presença dos Acionistas;

VI - os livros de Atas das Reuniões do Conselho de Administração, se houver, e de Atas das Reuniões de Diretoria;

VII - o livro de Atas e Pareceres do Conselho Fiscal.

§ 1º A qualquer pessoa, desde que se destinem a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal ou dos acionistas ou do mercado de valores mobiliários, serão dadas certidões dos assentamentos constantes dos livros mencionados nos incisos I a III, e por elas a companhia poderá cobrar o custo do serviço, cabendo, do indeferimento do pedido por parte da companhia, recurso à Comissão de Valores Mobiliários (grifei).

§ 2º Nas companhias abertas, os livros referidos nos incisos I a III do *caput* deste artigo poderão ser substituídos, observadas as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, por registros mecanizados ou eletrônicos.

Logo, a cobrança pelo serviço disponibilizado pela demandada para que seja implementado o pedido formulado pela parte autora na via administrativa se apresenta legalmente amparado e, se o acionista (ou ex-acionista) pretende tomar conhecimento de sua situação acionária na companhia em que participa ou participou, adequado e pertinente que se submeta às suas normas, mormente àquelas que não contrariam os dispositivos legais e, ao contrário, encontram-se expressamente previstas na legislação correlata.

Em decorrência disto, para que se evidencie o interesse de agir da parte autora para a demanda exhibitória na espécie presente, imperativo que instrua a petição inicial não só cópia do pedido efetuado na seara administrativa, mas também o comprovante de recolhimento da “taxa de serviço” cobrada pela Companhia, efetuado prévia ou concomitantemente ao protocolo do pleito administrativo, nos termos do regulamento ou instrução interna ditada pela Sociedade Anônima com fundamento no art. 100 da Lei n. 6.404/1976.

Inexistindo nos autos referidos documentos (pedido administrativo e comprovante de pagamento da “taxa de serviço”), forçoso concluir que inócua pretensão de direito material resistida, abstraindo-se o direito à ação, por ausência de interesse de agir.

E interesse de agir, como condição da ação, no conceito de Enrico Liebman (*In GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 80.*) consiste em:

um interesse processual secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente.

No caso concreto, em que pese tenha a parte autora instruído a exordial com cópia do pedido formulado na esfera administrativa, deixou de apresentar cópia do comprovante de pagamento (prévio ou concomitante) da “taxa de serviço” cobrada pela Companhia pelo serviço requerido.

Assim, nos termos antes postos, concluo que inexistente interesse de agir da parte autora, imprescindível ao eficaz processamento do feito, conforme dispõe o art. 3º do CPC.

E, ausente o interesse de agir da parte autora, aplicável a regra do inciso VI do art. 267 do Código de Processo Civil, com a extinção do processo sem resolução de mérito.

Destaco, ainda, que o alegado fato de ter a parte autora “se disposto” a pagar a “taxa de serviço” quando da entrega dos documentos não modifica a situação dos autos, na medida em que referido pagamento deve ser efetuado de forma prévia ou concomitante com o pedido, havendo de ser comprovado quando de seu protocolo. A demandada, por outro lado, não está obrigada a efetivar a pesquisa e impressão ou cópia de seus documentos antes de recolhida a taxa cobrada.

No que diz respeito à sucumbência, ainda que extinto o processo sem resolução de mérito, cumpre à parte autora arcar com as custas processuais e honorários advocatícios do procurador da ré, já que citada, os quais são

arbitrados em R\$ 300,00 (trezentos reais), levando-se em conta o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, com fulcro no § 4º do art. 20 do CPC e devidamente sopesadas as moderadoras do § 3º do mesmo dispositivo legal. Suspensa a exigibilidade dos encargos sucumbenciais quanto à parte autora, decorrência do deferimento do benefício da Assistência Judiciária Gratuita, com respaldo no art. 12 da Lei n. 1.060/1950.

Dispositivo

Por estas razões, reconheço a ausência de interesse de agir da parte autora e extingo o processo sem resolução de mérito, forte no inciso VI do art. 267 do CPC, prejudicado o exame das demais questões tratada nos autos, conforme disposto na fundamentação.

Primeiramente, constata-se que a legislação previu, além da aludida taxa, também recurso administrativo à Comissão de Valores Mobiliários para a defesa do acionista, portanto fornecendo-lhe meios para resguardar seus interesses de modo objetivo, sem necessidade de recorrer ao Judiciário. E é até estranhável que ao invés de recolher uma simples taxa ou de buscar interferência da CVM, prevista em lei, prefira a parte-autora instaurar processo litigioso, que se afigura, à primeira vista, desnecessário.

Consigna-se, em adição, que a cobrança de taxa para o fornecimento das certidões possui previsão no art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, na redação dada pela Lei n. 9.457/1997, art. 1º, e a Brasil Telecom pode exigir o prévio pagamento para atender ao pedido, prova, como consta da transcrição acima, não apresentada pelo recorrente, nem mesmo durante a tramitação do feito, para eventualmente tornar prejudicada tal alegação, restando que no STJ, o tema, que fica restrito à satisfação desse requisito, encontra o óbice da Súmula n. 7.

Nesse sentido se posicionou a c. 4ª Turma no julgamento dos AgR-REsp n. 958.882-RS, n. 924.226-RS e em dezesseis outros precedentes, para os quais ficou relator para o acórdão o e. Ministro Fernando Gonçalves (por maioria, julgados em 28.8.2007).

E não adquire relevância alguma a afirmação de que o recorrente desconhece o valor da taxa de serviço (fls. 110 e 117), porquanto na inicial, à fl. 9 dos autos, ele próprio declina o valor de R\$ 20,00, o que demonstra, inclusive, procedimento incompatível com o dever de lealdade das partes.

Na espécie em comento, a autora sequer demonstrou haver requerido formalmente à ré os documentos societários. Limitou-se a alegar que procurou a empresa “para conseguir cópia do extrato de ações da linha e do contrato original” (fl. 2), e apesar da insistência do MM. Juiz processante, por *três vezes*

(fls. 5, 18 e 21), para que comprovasse haver formulado o pedido à Telecom administrativamente, nada fez, seguindo-se a sentença extintiva.

Assim, cabe ao juízo a exigência de prova:

a) de apresentação de requerimento formal na via administrativa; e

b) do pagamento dos custos correspondentes à emissão dos documentos societários, quando exigido pela empresa, o que se entende plenamente amparado no art. 100, parágrafo 1º, da Lei n. 6.404/1976, na esteira do precedente acima citado.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial, determinando, após a publicação do acórdão, a comunicação à douta Presidência do STJ, aos Srs. Ministros integrantes das Turmas componentes da 2ª Seção, e aos Exmos. Srs. Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais, para os procedimentos previstos no art. 543-C, parágrafo 7º, incisos I e II, do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei n. 11.672/2008, e no art. 5º, incisos I, II e III, da Resolução-STJ n. 8/2008.

É como voto.



Súmula n. 390

SÚMULA N. 390

Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes.

Precedentes:

AgRg no Ag	185.889-RS	(5ª T, 08.06.2000 – DJ 1º.08.2000)
EREsp	168.837-RJ	(3ª S, 08.11.2000 – DJ 05.03.2001)
EREsp	823.905-SC	(CE, 04.03.2009 – DJe 30.03.2009)
REsp	86.473-PR	(1ª T, 02.09.1996 – DJ 06.12.1996)
REsp	226.053-PI	(6ª T, 19.10.1999 – DJ 29.11.1999)
REsp	226.253-RN	(1ª T, 13.06.2000 – DJ 05.03.2001)
REsp	402.970-RS	(5ª T, 16.03.2004 – DJ 1º.07.2004)
REsp	511.830-RS	(5ª T, 05.08.2003 – DJ 13.10.2003)

Corte Especial, em 2.9.2009

DJe 9.9.2009, ed. 435

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 185.889-RS
(98.0027855-9)**

Relator (a): Ministro Edson Vidigal
Agravante: Estado Rio Grande do Sul
Advogado: Yassodara Camozzato e outros
Agravado: João Carlos Richter e outros
Advogado: Miguel Arcanjo da Cruz Silva

EMENTA

Processual Civil. Remessa necessária. Decisão dada por maioria. Embargos infringentes. Não cabimento.

1. Não são cabíveis Embargos Infringentes contra decisão dada por maioria, em remessa necessária.

2. Agravo Regimental conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao Agravo Regimental. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo.

Brasília (DF), 8 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ 1º.8.2000

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Contra decisão por mim proferida em Agravo de Instrumento, interpôs o Estado do Rio Grande do Sul Agravo Regimental, argumentando que a tese do não cabimento dos Embargos

Infringentes, em se tratando de remessa necessária, esboçada como dominante nesta Corte, não o é, havendo inúmeras decisões em sentido contrário.

A decisão foi assim publicada:

Vistos, etc.

Agravo Regimental interposto pela Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul, contra decisão de minha relatoria, que negou provimento ao Agravo de Instrumento por ela interposto, à fundamentação de intempestividade.

Considerando suficientes os argumentos da agravante, reconsidero a decisão proferida à fl. 106.

Passo à análise do Agravo de Instrumento.

Em ação revisional de vencimentos proposta por militares, a Juíza de 1º grau julgou parcialmente procedente o pedido, condenado o Estado no pagamento das parcelas reclamadas, com a observância da prescrição quinquenal. Apreciando a matéria, em virtude da remessa necessária, o Tribunal de Justiça Estadual manteve, à maioria, a sentença monocrática.

Opôs, então, a Fazenda Estadual embargos infringentes, que restaram denegados, ao argumento de não serem cabíveis os infringentes em se tratando de “remessa de ofício” (fls. 66). Combateu esta decisão por meio da interposição do Agravo, instituído pelo CPC, art. 532, que também restou denegado.

Interpôs Recurso Especial (CF, art. 105, III, **a** e **c**), alegando violação ao CPC, art. 530, além de dissídio jurisprudencial.

Merece guarida a decisão agravada, porquanto o Recurso Especial interposto postula direito contrário à jurisprudência dominante nesta Corte.

A matéria em debate versa sobre a possibilidade ou não de se combater, por meio de Embargos Infringentes, acórdão não unânime proferido por Tribunal, em sede de remessa necessária.

Este STJ vem se posicionando no sentido de não aceitar a oposição dos Infringentes nestes casos, afastando, inclusive a aplicação do Enunciado de Súmula n. 77, do extinto Tribunal Federal de Recursos. Entende a jurisprudência aqui firmada, que em remessa obrigatória, o Tribunal, quando a aprecia, limita-se meramente a completar o ato complexo que se iniciou com a decisão monocrática contrária à Fazenda Pública.

Neste sentido, cito o REsp n. 86.473-PR, publicado no DJ de 6.12.1996, o REsp n. 226.053-PI, publicado no DJ de 29.11.1999, e o REsp n. 200.071-RJ, cuja ementa passo a transcrever:

1 Processual Civil. Remessa necessária. Decisão por maioria. Embargos infringentes. Não cabimento.

2 Servidor público. Reajuste salarial. URP de fevereiro de 1989.

Não são cabíveis Embargos Infringentes contra decisão dada por maioria, em remessa necessária.

(...)

Recurso conhecido e provido. (REsp n. 200.071; DJ: 10.5.1999; por mim relatado: 5ª Turma, à unanimidade).

Assim sendo, nego provimento ao Agravo de Instrumento. (fl. 112-113).

Argumenta, ainda, que “a confirmação da decisão recorrida traz para a coletividade uma enorme insegurança jurídica” (fl. 121), pois fica a parte sem saber qual o recurso deve interpor da decisão que julga a remessa *ex officio*. Recurso Especial ou Embargos Infringentes.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhor Presidente, o Agravo cuida da possibilidade de interposição de Embargos Infringentes, contra decisões por maioria em remessa oficial.

Socorre-se o agravante de várias decisões desta Quinta Turma, em sua totalidade da relatoria do E. Ministro Felix Fischer, cuja a compreensão sobre o tema diverge do entendimento que adoto.

Conquanto o respeito que tenho pela opinião do Ministro Fischer e de não poucos doutrinadores, que entendem que é possível sim a interposição de Embargos Infringentes, considero que as razões em contrário são mais preponderantes.

Recorro em primeiro lugar, como não poderia ser diferente, a lei processual, que assim se expressa:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o *judgado proferido em apelação e em ação rescisória*. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

A lei, pois, restringe a possibilidade de uso dos Infringentes aos julgados, por maioria, proferidos em Apelação e em Ação Rescisória; silencia quando se trata de decisões proferidas em remessa necessária.

Ver a questão sob o prisma de uma interpretação mais analógica ou mesmo sistemática da lei, teríamos que, necessariamente, comungar da idéia que a remessa necessária e a Apelação apresentam natureza semelhante, o que não poço concordar.

A remessa necessária ou qualquer outra expressão utilizada com o mesmo sentido, em que certas demandas são apreciadas, obrigatoriamente pelo segundo grau de jurisdição, a revelia do próprio interesse das partes litigantes, não tem a natureza de recurso. Visa, como já tive oportunidade outras de expressar quando do trato do assunto, complementar o ato complexo que se iniciou com a decisão monocrática contrária à Fazenda Pública.

O recurso é do interesse das partes, a remessa é condição necessária para que certas demandas possam atingir a situação de coisa julgada, haja vista o interesse de ordem pública que está sendo apreciado pelo Judiciário. Teve em vista o legislador preservar o patrimônio público, a exigir a ratificação de uma sentença por um órgão colegiado, independentemente da Apelação fazendária. Objetivou, inclusive, preservar o patrimônio público da inoperância, muitas vezes observável, dos patronos do Estado, que não recorrem em tempo hábil.

Assim, conheço do Agravo para lhe negar provimento.

É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 168.837-RJ
(99.0030981-2)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Embargante: Ministério Público Federal

Embargado: Estado do Rio de Janeiro

Procuradores: Marcelo Ortigão B. de Carvalho e outros

Interessado: Lahia Rachid Antônio

Advogada: Matilde Carone Slaibi Conti

EMENTA

Embargos de divergência. Processual Civil. Duplo grau de Jurisdição obrigatório. Embargos infringentes. Impossibilidade.

1. Sucumbente o Poder Público, não lhe suprime o reexame obrigatório a apelação voluntária, apta a ensejar-lhe os embargos infringentes, como foi sempre comum da defesa dos interesses dos entes públicos em geral, aplicando-se, à espécie, o adágio latino *dormientibus non succurrit ius*.

2. As normas do reexame necessário, pela sua afinidade com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente, em obséquio dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, até porque, ao menor desaviso, submeter-se-á o processo a tempos sociais prescritivos ou a aprofundamentos intoleráveis de privilégios, denegatórios do direito à tutela jurisdicional.

3. Inaplicabilidade da Súmula n. 77-TFR.

4. Embargos de divergência acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer e acolher os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro- Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Fernando Gonçalves e Gilson Dipp. Vencidos os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Felix Fischer, que conheceram, porém, rejeitaram os embargos de divergência. Ausentes, ocasionalmente, na primeira assentada, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca e, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Edson Vidigal, e, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília (DF), 8 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Vicente Leal, Presidente

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Embargos de divergência interpostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão proferido pela 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Processual Civil. Embargos infringentes. Oposição contra decisão em remessa *ex officio*. Possibilidade.

- São cabíveis embargos infringentes contra decisão por maioria em remessa *ex officio*. Súmula n. 77 do TFR.

- Recurso a que se nega provimento. (fl. 193).

O embargante aponta divergência jurisprudencial com aresto proferido pela 6ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 158.000-GO, Relator Ministro Fernando Gonçalves, em que se entendeu que os embargos infringentes são impróprios para desafiar acórdão não unânime proferido em sede de remessa *ex-officio*, porquanto o Tribunal quando a aprecia, limita-se a complementar o ato complexo que se iniciou com a decisão monocrática contrária ao Estado.

Embargos admitidos (fl. 212). Não houve resposta (fl. 214).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, a questão está em saber se são cabíveis embargos infringentes contra acórdão não unânime proferido em duplo grau de jurisdição obrigatório.

A questão estava pacificada no âmbito do extinto Tribunal Federal de Recursos, cujo Enunciado da Súmula n. 77 assim dispõe:

Cabem embargos infringentes a acórdão não unânime proferido em remessa *ex officio* (Código de Processo Civil, art. 475).

Por outro lado, o artigo 530 do Código de Processo Civil estatui que:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Ao que se tem, a lei, ela mesma, é expressa em admitir os embargos infringentes tão-somente quando não for unânime o julgado proferido em *apelação* e em *ação rescisória*.

Resta saber, no entanto, se se deve equiparar o reexame necessário ao recurso voluntário de *apelação*, ou não, para efeito de oposição de embargos infringentes, quando a parte sucumbente em grau de recurso é o Poder Público.

O próprio acórdão embargado reconheceu a diferença entre os dois institutos, *verbis*: “(...) são duas figuras distintas, a começar pelo fato da *apelação* ser um recurso, o qual necessariamente pressupõe voluntariedade da parte que, inconformada com a decisão, busca sua reforma na instância superior. Já o reexame, como a própria denominação já indica - seja recurso de ofício, remessa *ex officio* ou reexame necessário - é obrigatório. É condição para que a sentença, nos casos previstos no art. 475 do CPC, transite em julgado.” (fls. 189-190).

Com efeito, é isso que se extrai da letra do artigo 475 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença:

I - que anular o casamento;

II - proferida contra a União, o Estado e o Município;

III - que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (Art. 585, n. VI).

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Tribunal, haja ou não *apelação* voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do Tribunal avocá-los.

As decisões proferidas contra a União, Estado ou Municípios, por conterem relevante interesse público, estão inequivocamente sujeitas ao duplo grau de jurisdição. E este é, em natureza, condição de eficácia da sentença, cujos efeitos, assim, ficam subordinados ao seu reexame pelo Tribunal.

Tem-se, assim, que o duplo grau de jurisdição obrigatório não é recurso e tem o seu estatuto processual próprio, que em nada se relaciona com o recurso voluntário de *apelação*, daí porque não se aplica àquele as normas referentes ao apelo, notadamente quanto à possibilidade de oposição de embargos infringentes, à ausência de previsão legal.

Gize-se, nesse passo, que as normas do reexame necessário, pela sua afinidade com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente, em obséquio dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, até porque, ao menor desaviso, submeter-se-á o processo a tempos sociais prescritivos ou a aprofundamentos intoleráveis de privilégios, denegatórios do direito à tutela jurisdicional.

Sucumbente o Poder Público, não lhe suprime o reexame obrigatório a apelação voluntária, apta a ensejar-lhe os embargos infringentes, como foi sempre comum da defesa dos interesses dos entes públicos em geral, aplicando-se, à espécie, o adágio latino *dormientibus non succurrit ius*.

Invoca-se, em remate, os seguintes precedentes jurisprudenciais:

Processual. Remessa *ex-officio*. Natureza do fenômeno. CPC art. 475. Embargos infringentes (descabimento). Remessa *ex-officio*. *Reformatio in pejus*. Súmula n. 45-STJ.

1. A decisão de primeiro grau, contrária ao Estado, constitui o primeiro dos momentos de um ato judicial complexo, cujo aperfeiçoamento requer manifestação do Tribunal.

2. Quando aprecia remessa *ex officio*, o Tribunal não decide apelação: simplesmente complementa o ato complexo.

3. Embargos infringentes são impróprios para desafiar acórdão não unânime proferido em remessa *ex-officio* (revisão da Súmula n. 77 do TFR).

4. “No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública” (Súmula n. 45 do STJ). (REsp n. 29.800-MS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, *in* DJ 15.3.1993).

Processual. Embargos declaratórios. Remessa *ex-officio*. Descabimento de embargos infringentes. Cabimento de recurso especial. Acórdão obscuro quanto a suposto fundamento constitucional.

I - Acórdão que apreciou remessa de ofício não enseja embargos infringentes: ainda seja adotado por unanimidade, expõe-se, diretamente, a recurso especial.

II - Se o acórdão que decidiu apelação, limita-se em fazer vaga referência a preceito constitucional, é defeso à parte vitoriosa - que não diligenciou em suprir tal obscuridade - impugnar o cabimento do recurso especial. (EDcIREsp n. 51.691-SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, *in* DJ 12.12.1994).

Processual Civil. Remessa oficial (*ex officio*) decidida por maioria. Embargos infringentes. Descabimento.

1 - Os embargos infringentes são impróprios para desafiar acórdão não unânime proferido em sede de remessa *ex-officio*, porquanto o Tribunal quando a aprecia, limita-se a complementar o ato complexo que se iniciou com a decisão contrária ao Estado. Precedentes da Corte.

2 - Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 226.053-PI, Relator Ministro Fernando Gonçalves, *in* DJ 29.11.1999).

Pelo exposto, conheço dos embargos e os acolho para conhecer e dar provimento ao recurso especial, à luz dos precedentes trazidos para o confronto.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Sr. Presidente, pedi vista destes autos para melhor apropriar-me da matéria.

Cuida-se de Embargos de Divergência entre os vv. arestos proferidos pela 5ª e 6ª Turmas deste Tribunal, versando sobre o cabimento ou não de embargos infringentes contra acórdão, não unânime, prolatado em sede de **Remessa “Ex Officio”**.

O ilustre Ministro Relator votou pela impossibilidade do cabimento, acolhendo os embargos e referendando a tese esposada pela Egrégia Sexta Turma desta Corte Superior.

Estes são os fatos. Passo a me manifestar.

Assim dispõe o art. 530 do Código de Processo Civil:

Art. 530 - Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Inicialmente, anoto que, no caso *sub judice*, não se examina se **a remessa obrigatória** é recurso ou não. pois sabemos que não é. sendo apenas condição para que a sentença, nos casos do art. 475, do Código de Processo Civil, transite em julgado. O cerne da questão está em saber se o Recurso de Ofício deve ou não seguir a mesma forma e ter os mesmos trâmites processuais relativos à Apelação, que é recurso voluntário da parte.

Sobre o tema. **JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**, leciona-nos que:

Embora não se identifique com a apelação, nem constitua tecnicamente recurso, no sistema do Código, razões de ordem sistemática justificam a admissão de embargos infringentes contra acórdãos por maioria de votos no reexame da causa *ex vi legis* (art. 475). É ilustrativo o caso da sentença contrária à União, ao Estado ou ao Município: se a pessoa jurídica de direito público apela, e o julgamento de segundo grau vem a favorecê-la, sem unanimidade, o adversário dispõe sem dúvida alguma dos embargos: ora, não parece razoável negar-lhe esse recurso na hipótese de igual resultado em simples revisão obrigatória - o que, em certa medida, tornaria paradoxalmente mais vantajoso, para a União, o Estado ou o Município, omitir-se do que apelar. (*in*, "Comentários ao Código de Processo Civil", Forense, RJ, 7ª. edição, p. 512-513).

No mesmo sentido, ilustres doutrinadores, como **FREDERICO MARQUES**, *in* "Manual de Direito Processual Civil", vol. III, p. 119; **AGRÍCOLA BARBI**, *in* "Do Mandado de Segurança". Forense, 3ª. edição, p. 289/291 e **VICENTE GRECO FILHO**, *in* "Direito Processual Civil Brasileiros 2º volume, Ed. Saraiva. 4ª. edição, p. 305. **NELSON NERY JÚNIOR**, taxativamente assevera que:

Embora a remessa obrigatória (CPC 475) se caracterize como condição de eficácia da sentença e não como recurso, tem o procedimento da apelação. Conseqüentemente, julgada por maioria de votos abre oportunidade para a interposição de embargos infringentes - negritei.

O Colendo Pretório Excelso, neste diapasão, ementou o seguinte:

Embargos infringentes. Remessa necessária. Cabem os embargos, quando não for unânime o julgado proferido em reexame necessário, ainda que não interposta a apelação voluntária. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE n. 93.546-RJ, Rel. Ministro *Xavier de Albuquerque*, DJU de 13.2.1981).

Duplo grau de jurisdição. Reexame necessário (recurso de ofício). Embargos infringentes. Código de Processo Civil. Art. 475. Na hipótese do reexame necessário, nos termos do art. 475 do CPC, quando a decisão não for unânime, cabem embargos infringentes, por analogia com o juízo da apelação.

Recurso extraordinário não conhecido. (RE n. 90.206-SP, Rel. Ministro *Rafael Mayer*, DJU DE 16.5.1980).

Nesta esteira e sob este prisma, entendo que, *somente quanto à forma*, a Remessa Obrigatória se equipara ao Recurso Voluntário, para efeitos de rito e andamento processual, sendo possível, portanto, a oposição de embargos infringentes em acórdãos decididos por maioria de votos.

Confira-se, a propósito:

Processual Civil. Embargos infringentes. Cabimento contra decisão em remessa *ex officio*.

São cabíveis embargos infringentes contra decisão por maioria em remessa *ex officio*. Súmula n. 77-TFR.

Recurso conhecido e provido. (REsp n. 218.618-RS. Rel. Ministro *Felix Fischer*, *votação unânime*. DJU de 2.5.2000).

Por tais fundamentos, *perfilhando-me a eruditos juristas e pedindo vênias ao culto Ministro Relator para dele divergir, conheço dos embargos, porque tempestivos, mas os rejeito*.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sr. Presidente, *data venia*, conheço dos embargos e os acolho de acordo com o voto do Sr. Ministro-Relator.

O Sr. Ministro Gilson Dipp: De acordo (sem explicitação).

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Sr. Presidente, com a devida vênias do Sr. Ministro Jorge Scartezzini, também acompanho o Sr. Ministro-Relator, tendo em vista que o art. 530 do Código de Processo Civil estipula a pertinência dos embargos infringentes apenas quando julgado não-unânime proferido em sede de apelação ou em ação rescisória.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Sr. Presidente, com a devida vênias, fico com a divergência.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 823.905-SC
(2006/0248751-2)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Embargante: Fábio Ruthzatz

Advogado: Marco Aurélio Poffo e outro(s)

Embargado: União

EMENTA

Processual Civil. Embargos de divergência em recurso especial. Remessa necessária. Decisão não unânime. Embargos infringentes. Art. 530, do CPC. Descabimento.

1. A remessa *ex officio* não é recurso, ao revés, condição suspensiva da eficácia da decisão, por isso que não desafia Embargos Infringentes a decisão que, por maioria, aprecia a remessa necessária. Precedentes do STJ: *EREsp n. 168.837-RJ*, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 5.3.2001; *REsp n. 226.253-RN*, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 5.3.2001; *AgRg no Ag n. 185.889-RS*, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 1º.8.2000.

2. Sob esse enfoque esta Corte já assentou: “Há que se fazer distinção entre a apelação e o reexame necessário. A primeira é recurso, propriamente dito, reveste-se da voluntariedade ao ser interposta, enquanto o segundo é mero ‘complemento ao julgado’, ou medida acautelatória para evitar um desgaste culposo ou doloso do erário público ou da coisa pública. O legislador soube entender que o privilégio dos entes públicos têm limites, sendo defeso dar ao artigo 530 do Código de Processo Civil um elastério que a lei não ousou dar. Assim, só são cabíveis os embargos infringentes contra acórdãos em apelação ou ação rescisória. Esta é a letra da lei.” (*REsp n. 402.970-RS*, Rel. p/ acórdão, Min. Gilson Dipp, DJ 1º.7.2004).

3. A nova reforma processual, inspirada no princípio da efetividade da tutela jurisdicional, visou a agilização da prestação da justiça, excluindo alguns casos da submissão ao duplo grau e dissipando divergência que lavrara na jurisprudência acerca da necessidade de se

sustar a eficácia de certas decisões proferidas contra pessoas jurídicas não consideradas, textualmente, como integrantes da Fazenda Pública.

4. A ótica da efetividade conjurou algumas questões que se agitavam outrora, sendo certo que, considerando que o escopo da reforma dirige-se à celeridade da prestação jurisdicional, não mais se justifica admitir embargos infringentes da decisão não unânime de remessa necessária.

5. A eventual divergência, quanto ao percentual de juros moratórios, instaurada entre o acórdão embargado, proferido pela 5ª Turma, e o julgado paradigma, oriundo da 6ª Turma, deverá, posteriormente, ser submetido à análise da Terceira Seção desta Corte Superior, nos termos do art. 266, do RISTJ.

6. Embargos de divergência rejeitados quanto à questão do cabimento dos embargos infringentes em remessa necessária, enviando-se os autos à 3ª Seção para o julgamento da divergência quanto aos juros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de divergência no ponto referente à matéria processual; quanto à matéria remanescente, remeter os autos para a Terceira Seção, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Nilson Naves, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Nancy Andrighi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Luiz Fux, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de embargos de divergência opostos por *Fábio Rutzhatz* contra acórdão, da 5ª Turma, de Relatoria do e. Min. Arnaldo Esteves Lima, proferido em sede de agravo regimental no recurso especial, assim ementado:

Processual Civil. Administrativo. Embargos de declaração no recurso especial recebidos como agravo regimental. Remessa necessária. Decisão proferida por maioria. Embargos infringentes. Não-cabimento. Precedentes. Agravo regimental improvido.

1. Embargos declaratórios com manifesto caráter infringente recebidos como agravo regimental, em razão do princípio da fungibilidade recursal.

2. *Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não são cabíveis embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, deu provimento à remessa necessária.*

3. Agravo regimental improvido.

Sustenta o embargante a existência de dissídio jurisprudencial, quanto ao cabimento de embargos infringentes contra acórdão, que reforma sentença de mérito, em sede de remessa necessária, entre o aresto embargado e o REsp n. 485.743-ES, da 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, que recebeu a seguinte ementa:

Processo Civil. Embargos infringentes. Decisão não unânime em remessa de ofício. Cabimento. Tributário. Execução fiscal. Compensação. Ausência de previsão legal. Créditos ilíquidos. Certidão de dívida ativa. Substituição. Emenda da inicial. Requisitos. Prejuízo à defesa.

1. Pacificado que a remessa de ofício equipara-se a recurso para os fins do art. 557 do CPC (Súmula n. 253-STJ), mostra-se plausível interpretar extensivamente o termo "apelação" contido no art. 530 do CPC, permitindo-se a interposição de embargos infringentes em decisão não unânime proferida em reexame necessário.

2. Inexiste a previsão legal exigida no art. 170 do CTN para a compensação de débito tributário da empresa com créditos relativos a desequilíbrio econômico-financeiro de contrato mantido com o Poder Público. Ademais, somente se mostram aptos à compensação créditos líquidos e certos.

3. A jurisprudência desta Corte vem entendendo que não se deve declarar a nulidade da CDA, ainda que ela se ressinta de algum dos requisitos indicados

no art. 2º, §§ 5º e 6º, da Lei n. 6.830/1980, quando tais falhas sejam supridas por outros elementos constantes nos autos, permitindo a ampla defesa do executado.

4. A substituição da certidão de dívida ativa por outra de valor menor não impõe expressa modificação do valor da execução na inicial, até porque a nova certidão - que integra a exordial (Lei n. 6.830/1980, art. 6º, § 1º) - já indica que a execução será pela quantia nela constante.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

No que pertine ao percentual de juros moratórios, aduz a ocorrência de dissídio entre o aresto embargado e julgado da 6ª Turma no AgRg no Ag n. 470.255-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *verbis*:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Complementação de aposentadoria. Juros de mora. Natureza alimentar. Percentual de 1% ao mês.

1. Devidamente autenticadas as peças obrigatórias para a formação do instrumento do agravo, é de se rejeitar a preliminar de não conhecimento do recurso.

2. Incidem juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês sobre dívida resultante de complementação de aposentadoria, em face de sua natureza alimentar. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

O Recurso resultou admitido às *fls.* 306-308.

A *União*, em impugnação oferecida às *fls.* 312-321, pugna, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso, ante a falta de similitude fática entre os acórdãos postos em confronto, asseverando, outrossim, a ausência de atualidade do entendimento perfilhado pelos julgados colacionados.

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): *Ab initio*, a eventual divergência, quanto ao percentual de juros moratórios, instaurada entre o acórdão embargado, proferido pela 5ª Turma, e o julgado paradigma, oriundo da 6ª Turma, deverá, posteriormente, ser submetido à análise da Terceira Seção desta Corte Superior, nos termos do art. 266, do RISTJ, consoante assentado na *decisum* de admissibilidade.

Nada obstante, configurado o dissídio pretoriano, quanto ao cabimento de Embargos Infringentes em face de julgamento, por maioria, em sede de remessa necessária, bem como revelando-se devidamente preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento da presente irresignação.

Superado o exame das questões preliminares, subjaz o mérito dos Embargos de Divergência, qual seja, o cabimento de Embargos Infringentes contra decisão, não unânime, proferida em sede de remessa *ex officio*.

Com efeito, *a remessa ex officio não é recurso, ao revés, condição suspensiva da eficácia da decisão, por isso que não desafia Embargos Infringentes a decisão que, por maioria, aprecia a remessa necessária.*

Desta forma, no REsp n. 402.970-RS, em que foi Relator para acórdão o Ministro Gilson Dipp, publicado no DJ 1º.7.2004, a matéria recebeu o seguinte destaque: “Há que se fazer distinção entre a apelação e o reexame necessário. A primeira é recurso, propriamente dito, reveste-se da voluntariedade ao ser interposta, enquanto o segundo é mero ‘complemento ao julgado’, ou medida acautelatória para evitar um desgaste culposo ou doloso do erário público ou da coisa pública. O legislador soube entender que o privilégio dos entes públicos têm limites, sendo defeso dar ao artigo 530 do Código de Processo Civil um elastério que a lei não ousou dar. Assim, só são cabíveis os embargos infringentes contra acórdãos em apelação ou ação rescisória. Esta é a letra da lei.”

Destarte, a reforma do Código de Processo Civil, engendrada pela Lei n. 10.352/2001, teve por alvo, desde a sua concepção, a celeridade da prestação jurisdicional, consoante exposição de motivos do Poder Executivo que acompanhou o Projeto de Lei:

No alusivo ao recurso de embargos infringentes, a Comissão de Reforma recebeu sugestões as mais díspares, inclusive no sentido de sua extinção. Embora sem paralelo no direito comparado, cuida-se, todavia de meio de impugnação amplamente acolhido na tradição brasileira, e com bons resultados no sentido do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Pareceu, no entanto, altamente conveniente reduzir tal recurso (que ao final, implica em “reiteração” da apelação) aos casos: (...)

Com tais limitações, adequadas a reduzir bastante o número de embargos, o recurso é mantido. (Cf. PL n. 3.474/2000, Diário da Câmara dos Deputados, 23 de agosto de 2000, p. 44.553).

Sob esse enfoque, em sede doutrinária, tivemos a oportunidade de assentar:

(...) Nada obstante os vários pontos de assemelhação, não se tratando de recurso, mas de condição suspensiva de eficácia da decisão, o regime jurídico que se empresta à remessa obrigatória não é aplicável àquele; por isso, *v.g.*, não são necessários os requisitos recursais de admissibilidade permitindo-se, inclusive, o oferecimento do recurso voluntário simultaneamente. (...) A nova reforma, inspirada no princípio da efetividade da tutela jurisdicional, visou a agilização da prestação da justiça, excluindo alguns casos da submissão ao duplo grau e noutros dissipou divergência que lavrara na jurisprudência acerca da necessidade de se sustar a eficácia de certas decisões proferidas contra pessoas jurídicas não consideradas, textualmente, como integrantes da Fazenda Pública. Essa nova ótica do legislador afasta algumas questões que se agitavam outrora. *Considerando que o escopo da reforma foi a celeridade da prestação jurisdicional, não mais se justifica admitir embargos infringentes da decisão não unânime de remessa necessária.* (in Luiz Fux, Curso de Direito Processual Civil, 3ª Edição, Forense, 2005, p. 929, grifamos).

Nesse sentido, confirmam-se julgados desta Corte sobre o *thema*:

Processual Civil. Remessa necessária. Decisão proferida por maioria. Embargos infringentes. Não cabimento. Precedentes.

I - Consoante já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, não são cabíveis embargos infringentes contra decisão proferida, por maioria, em remessa necessária.

II - Há que se fazer distinção entre a apelação e o reexame necessário. A primeira é recurso, propriamente dito, reveste-se da voluntariedade ao ser interposta, enquanto o segundo é mero “complemento ao julgado”, ou medida acautelatória para evitar um desgaste culposo ou doloso do erário público ou da coisa pública.

III - O legislador soube entender que o privilégio dos entes públicos têm limites, sendo defeso dar ao artigo 530 do Código de Processo Civil um elastério que a lei não ousou dar. Assim, só são cabíveis os embargos infringentes contra acórdãos em apelação ou ação rescisória. Esta é a letra da lei.

IV - Recurso não conhecido. (REsp n. 402.970-RS, Rel. p/ acórdão, Min. Gilson Dipp, DJ 1º.7.2004).

Embargos de divergência. Processual Civil. Duplo grau de jurisdição obrigatório. Embargos infringentes. Impossibilidade.

1. Sucumbente o Poder Público, não lhe suprime o reexame obrigatório a apelação voluntária, apta a ensejar-lhe os embargos infringentes, como foi sempre comum da defesa dos interesses dos entes públicos em geral, aplicando-se, à espécie, o adágio latino *dormientibus non succurrit ius*.

2. As normas do reexame necessário, pela sua afinidade com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente, em obséquio dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, até porque, ao menor desaviso, submeter-se-á o processo a tempos sociais prescritivos ou a aprofundamentos intoleráveis de privilégios, denegatórios do direito à tutela jurisdicional.

3. Inaplicabilidade da Súmula n. 77-TFR.

4. Embargos de divergência acolhidos. (REsp n. 168.837-RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 5.3.2001).

Tributário. Processual. Finsocial. Cofins. PIS. Compensação. Lei n. 8.383/1991 (art. 66). Instruções Normativas n. 21/1997 e n. 73/1997. Embargos infringentes. Remessa *ex officio*. CPC, art. 530.

1. No âmbito do lançamento por homologação, são compensáveis diretamente pelo contribuinte os valores recolhidos a título de Finsocial com a Cofins, todavia a compensação do Finsocial com o PIS não é admitida.

(...)

4. Remessa *ex officio* não enseja a interposição de embargos infringentes.

5. Recurso parcialmente provido. (REsp n. 226.253-RN, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 5.3.2001).

Processual Civil. Remessa necessária. Decisão dada por maioria. Embargos infringentes. Não cabimento.

1. Não são cabíveis Embargos Infringentes contra decisão dada por maioria, em remessa necessária.

2. Agravo Regimental conhecido e não provido. (AgRg no Ag n. 185.889-RS, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 1º.8.2000).

Ex positis, rejeito os embargos de divergência quanto à questão do cabimento dos embargos infringentes em remessa necessária, enviando-se os autos à 3ª Seção para o julgamento da divergência quanto aos juros.

É como voto.

Recorridos: Indústria Textil Apucarana Ltda. e outros
Advogados: Cezar Saldanha Souza Júnior e outros e Neilar Terezinha Lourencon Martins e outro

EMENTA

I - Processual. Remessa ex-officio. Acórdão não unânime. Embargos infringentes. Descabimento.

II - Tributário. Imposto de renda. Crédito decorrente de empréstimo compulsório à Eletrobrás. Indisponibilidade. Não incidência.

I - Decisão que, em primeiro grau de jurisdição, condena o Estado não é sentença, mas um projeto que o juiz apresenta ao Tribunal (CPC - Art. 475, III).

II - Remessa *ex officio* não é recurso - muito menos, apelação.

III - O acórdão que aprecia remessa *ex officio*, mesmo quando adotado por maioria, não se expõe a embargos infringentes. Contra ele é possível a interposição imediata de recurso especial.

IV - Os créditos resultantes de empréstimo compulsório à Eletrobrás não constituem disponibilidade, para fins de imposto de renda, enquanto não forem liberados pela devedora, nos termos do DL n. 1.521/1976, art. 3º.

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 maioria, vencido o Sr. Ministro José de Jesus Filho, conhecer do recurso e por unanimidade, negar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, José Delgado, José de Jesus Filho e Demócrito Reinaldo.

Brasília (DF), 2 de setembro de 1996 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: - Em apreciação de remessa *ex officio*, o E. Tribunal Regional Federal da Quarta Região, confirmou Sentença contrária à União Federal. O Acórdão foi adotado por maioria e resumido nestas palavras:

O fato gerador do imposto de renda é o acréscimo patrimonial, mais a disponibilidade econômica ou jurídica, esta não se confundindo com direito ao crédito ou com a exigibilidade deste. Hipótese em que estando o crédito decorrente do empréstimo compulsório sob regime legal de indisponibilidade por vinte anos, falta ao fato gerador do imposto de renda o pressuposto básico da disponibilidade jurídica ou econômica. (fl. 225).

A União Federal desafiou este Acórdão, interpondo recurso especial, afirmando maltratos ao art. 18 do DL n. 1.598/1977 e ao art. 43 do CTN.

Paralelamente, opôs embargos infringentes, em que formulou pedido de reforma do Aresto majoritário, com preponderância da tese consagrada pelo voto vencido (em seu favor).

Os Embargos foram conhecidos, contra o entendimento de minoria que não admite esta espécie de recurso, em sede de remessa de ofício. Foram contudo, rejeitados, confirmando-se a Decisão embargada.

O v. Acórdão tomado na rejeição de embargos infringentes não foi objeto de recurso.

O Recurso interposto contra o Acórdão embargado teve andamento e, agora se expõe a nosso julgamento.

Este, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): - Destaco, em preliminar, questão relacionada com a admissibilidade do recurso.

Como registrei no relatório, o Acórdão tomado no julgamento dos embargos infringentes não foi objeto de recurso. O apelo enfrenta a decisão intermediária, que apreciou a remessa oficial.

Em tal situação, o recurso não estaria a desafiar “decisão de última instância. Por isto, seu conhecimento seria inviável.

Surge, entretanto, uma questão incidente, relacionada com a possibilidade de o acórdão que deslindou remessa de ofício expor-se a embargos infringentes.

É necessário que superemos esta questão.

Com efeito, se for possível a incidência dos embargos, o recurso especial não será conhecido.

Em contrapartida, se os embargos forem inoportunos, o Acórdão que deles conheceu terá laborado em nulidade.

Vejam, pois:

O Regimento Interno do E. Tribunal *a quo* prevê a interposição de embargos infringentes no julgamento de remessa *ex officio*. (Art. 253).

No julgamento do REsp n. 29.800, que funcionou como *leading case* e conduziu à Súmula n. 45 do STJ, dissertei sobre o tema, nestas palavras:

A remessa de ofício é um instituto criado pelo atual Código de Processo Civil para substituir a apelação *ex officio* consagrada no art. 822 do diploma de 1939, nestes termos:

A apelação necessária ou *ex officio* será interposta pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença.

Parágrafo único. Haverá apelação necessária:

I - das sentenças que declaram a nulidade do casamento;

II - das que homologam o desquite amigável;

III - das proferidas contra a União, o Estado ou o Município.

O recurso *ex officio* é uma contribuição lusitana ao direito processual.

Sua origem encontra-se no velho procedimento inquisitório da justiça penal.

Para Alfredo Buzaid o recurso obrigatório foi concebido como instrumento de controle do arbítrio que o sistema inquisitivo possibilitava aos juízes.

José Frederico Marques sustenta:

a apelação criminal *ex officio* foi instrumento de centralização monárquica de que se serviram os dinastas portugueses para a instauração paulatina do absolutismo, e em detrimento das Justiças locais. (Instituições de Direito Processual Civil - Forense - 1960 - Vol. IV - p. 364).

No Direito brasileiro, o instituto foi adotado, mas - no dizer do Mestre Frederico Marques - "não foi para ampliar a intervenção e controle judicial em processos relativos a direitos indisponíveis (o processo civil inquisitório) que adotamos o recurso de ofício, e, sim, para maior garantia do Erário. Só mais tarde é que a apelação *ex officio* passou a ser usada em algumas questões e litígios de direito matrimonial" (*op. cit.* p. 365).

Em verdade, o instituto traduz uma deformação cultural, herdada de nossas origens: a falta de confiança do Estado em seus agentes e a leniência em sancionar quem pratica atos ilícitos em detrimento do interesse público.

Se o juiz ou o advogado do Estado é desidioso ou prevaricador, outros povos civilizados o afastariam da Magistratura.

Nós, não: criamos uma complicação processual, pela qual, violentando-se o princípio dispositivo, obriga-se o juiz a recorrer.

O Código de Processo Civil de 1973 racionalizou o sistema de recursos, especializando as diversas formas de apelos, em função do ato judicial a ser desafiado.

Racionalizou, também, a terminologia dos atos praticados pelo juiz, no processo.

Assim, o termo "sentença" foi reservado para designar "o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa" (CPC art. 161, § 1º).

Qualquer decisão que não ponha termo ao processo denomina-se "decisão interlocutória" (art. 161, § 2º).

No que respeita à sistemática dos recursos, o art. 513, com admirável precisão, disse: "Da sentença caberá apelação (Arts. 267 e 269)".

Assim especializada a apelação, destinou-se o agravo de instrumento às demais decisões.

Já os embargos infringentes tiveram o âmbito de atuação limitado aos acórdãos provenientes de apelações. Vale dizer: aos arestos que apreciaram sentenças.

Na impossibilidade de romper com a tradição do "recurso *ex officio*", o Diploma de 1973 concebeu fórmula em que procurou conciliar a velha anomalia com o princípio do dispositivo e a terminologia científica adotada.

A fórmula se traduziu no art. 475 do CPC, nestes termos:

Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença:

- I - que anular o casamento;
- II - proferida contra a União, o Estado e o Município;

III - que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, n. VI).

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do Tribunal avocá-los.

O artigo 475 se insere como corpo estranho no sistema do Código. A decisão contrária ao Estado:

a) julga o mérito e leva o apelido, mas não é sentença, porque não põe fim ao processo;

b) não se confunde com “decisão”, pois não preclui;

c) afasta-se destes dois atos do juiz por ser ineficaz. Enquanto os dois outros requisitam a atuação de atos da parte, para que tenham suspensos seus efeitos, o ato de que trata o art. 475 é absolutamente ineficaz. O dispositivo nele contido apenas ganha eficácia depois de confirmado pelo Tribunal.

Diante de tantas particularidades, o intérprete é levado a constatar que o ato do juiz - ao se pronunciar contra a pretensão do Estado - constitui o primeiro momento de um ato judicial complexo. O aperfeiçoamento deste ato complexo requer a manifestação de dois órgãos: o juiz singular e o Tribunal.

O juiz, nesta hipótese, apresenta ao Tribunal um projeto de sentença. Aprovado, o esboço transforma-se em sentença, eficaz e apta a gerar coisa julgada.

Em contrapartida, quando modifica o projeto, a Corte não estará reformando sentença. Estará ajustando a proposta ao que lhe parece deva ser a sentença correta.

Percebido este fenômeno, é de se concluir que na remessa *ex officio* não existe qualquer recurso. Muito menos, apelação.

Ora, os embargos infringentes servem apenas para atacar apelações. Não desafiam qualquer outro recurso.

No julgamento do RE n. 89.490 (RTJ 91/1.084/85), o saudoso Ministro Cunha Peixoto, observou, *in verbis*:

a redação do parágrafo único, a meu ver, leva à conclusão de não se tratar de apelação. Com efeito, o final desse parágrafo estatui: “não o fazendo, (quer dizer, não remetendo os autos) poderá o presidente do Tribunal avocá-los”.

Não há apelação quando se trata de avocação. Ora, quando o Juiz não determina a remessa dos autos, o Presidente pode avocar o processo, e não se pode dizer haver, aí, apelação.

Acho que basta este argumento para mostrar, *data venia*, que não é apelação.

Assim, com a devida vênia dos eminentes Ministros que votaram em sentido contrário, conheço do recurso mas lhe nego provimento.

Este voto foi prestigiado pela adesão do Eminente Ministro Moreira Alves, nestes termos:

não há dúvida alguma de que a modificação em causa decorreu de intenção preconcebida de alterar o sistema atual, e a alteração se fez com a retirada, do Código atual, da “apelação *ex officio*” do capítulo dos recursos, e a colocação de sujeição a duplo grau de jurisdição no capítulo da Coisa Julgada, para caracterizar que a sentença, nesses casos, não transita em julgado com o ato de julgamento de primeiro grau, mas se desdobra em ato complexo. Para que ela transite em julgado, necessário se faz que, além do julgamento de primeira instância, haja o de segunda, tanto por maioria de votos, como por unanimidade.

Ora, no sistema do Código anterior, só se admitiam, quando houvesse divergência, embargos infringentes, porque estes eram cabíveis, quando não fosse unânime a decisão em apelação, e, no caso, havia apelação, embora *ex officio*.

É certo que, mesmo sob o império do Código de 1939, houve parte da doutrina que se manifestou em contrário, entendendo que a apelação necessária, ou *ex officio*, não era propriamente recurso. Mas, essa doutrina não vingou, porque a questão não era ontológica, mas devia ser resolvida em face do tratamento que a lei lhe dava, e este era o de apelação.

Em face do novo Código de Processo Civil, isso não mais ocorre, não cabendo, conseqüentemente, embargos infringentes, que, pelo artigo 530, só se admitem com relação a julgados proferidos em apelação e em ação rescisória.

Em face do exposto, Sr. Presidente, com a devida vênia dos que pensam em contrário, acompanho o voto do eminente Ministro Cunha Peixoto, e, portanto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

Os dois pronunciamentos resultaram vencidos. No entanto neles se encontram razões ponderosas, que autorizam o reestudo da controvérsia - tanto mais, quando se pensa em simplificar e tornar econômico o procedimento civil.

O Superior Tribunal de Justiça, a quem foi transferida a competência para interpretar a lei federal deve reabrir tão relevante questão, revendo inclusive, a Súmula n. 77 do saudoso Tribunal Federal de Recursos.

A Corte, efetivamente acolheu minha proposta, adotando o entendimento de que Acórdão majoritário em sede de remessa oficial não se expõe a embargos infringentes.

Se assim ocorre, a decisão emitida pela Turma, na apreciação da remessa, pode ser conceituada como de última instância”. Em consequência o recurso especial que a enfrentou merece conhecimento.

Superada a preliminar, aprecio o mérito.

Para tanto, observo que o Acórdão recorrido, após discutir a incidência de Imposto de Renda sobre correção monetária dos valores relativos a empréstimo compulsório tomado pela Eletrobrás, proclamou:

O fato gerador do imposto de renda é o acréscimo patrimonial, mais a disponibilidade econômica ou jurídica, esta não se confundindo com direito ao crédito ou com a exigibilidade deste. Hipótese em que estando o crédito decorrente do empréstimo compulsório sob regime legal de indisponibilidade por vinte anos, falta ao fato gerador do imposto de renda o pressuposto básico da disponibilidade jurídica ou econômica. (fl. 225).

Tal proposição resultou do voto vitorioso, emitido pelo então Juiz Ari Pargendler, montado em raciocínio exposto nestes termos:

A disponibilidade jurídica não se confunde com o direito ao crédito ou com a exigibilidade deste. Só se caracteriza com a possibilidade de dispor imediatamente da renda. Aqui, por força de lei, o crédito decorrente do empréstimo compulsório instituído em favor da Eletrobrás é indisponível.

Se o pressuposto do fato gerador do imposto de renda é a disponibilidade jurídica ou econômica, não há como identificá-lo num crédito que é indisponível. (fl. 222).

Não enxergo em tal proposição, qualquer ofensa ao art. 18 do DL n. 1.598/1977, nem ao art. 43 do CTN.

Nego provimento ao Apelo.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro José Delgado: - Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Exa. O Código de Processo Civil anterior chamava de apelação de ofício. Hoje

sabemos que a denominação é reexame necessário da noção técnica e não produz os efeitos de uma apelação. Por exemplo, pode haver, *reformatium in pejus*. Há uma limitação na apreciação em Segundo Grau, para se adequar ao dispositivo do Código de Processo Civil no que se refere a embargos infringentes.

É como voto.

VOTO-PRELIMINAR (VENCIDO)

O Sr. Ministro José de Jesus Filho: Senhor Presidente. Continuo prestigiando as súmulas do Tribunal Federal de Recursos. Faço porque era um Tribunal de revisão que correspondia a um de Segundo Grau em relação aos Juízes Federais. E, em boa hora, admitiram que cabia embargos infringentes no acórdão, não unânime, proferido em remessa *ex officio*. É uma construção que, para o Segundo Grau, parece-me correta. Se fosse a nível de Tribunal Superior, pensaria em examinar a tese que V. Exa., brilhantemente, sustenta no seu voto acompanhado por dois Eminentes Ministros. Aqui, no Superior Tribunal de Justiça, é diferente. A questão deve ser resolvida no Regional.

Por essa razão, sem maiores considerações, pedindo vênia a V. Exa. e aos Srs. Ministros que o acompanharam, não conheço do recurso, porque entendo que a súmula para o Segundo Grau está corretamente direcionada.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo: Sr. Presidente, conheço dos embargos infringentes interpostos no julgamento no recurso de ofício, como V. Exa. E o faço com o auxílio dos argumentos utilizados pelo Eminente Ministro *José Delgado*, porque o Código atual fala expressamente no recurso necessário em duplo grau de jurisdição, ou seja, de uma denominação específica. No art. 530 só se permite os embargos infringentes em caso de apelação em ação rescisória. Não podemos dar um entendimento diferente para não alargá-lo quando a tendência do Juiz é restringir o número de recursos e enxugar o processo.

Estou de acordo com V. Exa.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 226.053-PI (99.0070705-2)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Estado do Piauí

Advogado: Antônio Ribeiro Soares Filho e outros

Recorrido: Associação dos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais do
Estado do Piauí

Advogado: Antônio Carlos Moreira Ramos e outro

EMENTA

Processual Civil. Remessa oficial (*ex officio*) decidida por maioria. Embargos infringentes. Descabimento.

1 - Os embargos infringentes são impróprios para desafiar acórdão não unânime proferido em sede de remessa *ex-officio*, porquanto o Tribunal quando a aprecia, limita-se a complementar o ato complexo que se iniciou com a decisão contrária ao Estado. Precedentes da Corte.

2 - Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Hamilton Carvalhido, Fontes de Alencar e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Ministro William Patterson.

Brasília (DF), 19 de outubro de 1999 (data do julgamento).

Ministro Vicente Leal, Presidente

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ 29.11.1999

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Estado do Piauí*, com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquela unidade federativa, assim ementado, *verbis*:

Embargos infringentes. Trata-se de dívida de valor, devendo sua reparação se ajustar ao princípio *da restitutio in integrum*.

Julgaram procedentes os embargos infringentes, de acordo com a Procuradoria Geral de Justiça. (fls. 113).

Aduz o recorrente violação ao art. 530 do CPC, bem como divergência jurisprudencial, no sentido do cabimento de embargos infringentes em remessa oficial.

Apresentadas as contra-razões, e admitido o recurso, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): A controvérsia cinge-se à possibilidade ou não de oposição de embargos infringentes contra acórdão não unânime, proferido em sede de remessa oficial.

A Corte, a esse respeito, já se pronunciou, afastando a aplicação da Súmula n. 77, do extinto TFR, no sentido de que os embargos infringentes são impróprios para desafiar acórdão não unânime proferido em sede de remessa *ex officio*, porquanto o Tribunal quando a aprecia, limita-se a complementar o ato complexo que se iniciou com a decisão monocrática contrária ao Estado.

A propósito, fixou o Min. Humberto Gomes de Barros, na assentada de 2.9.1996 da Primeira Turma, por ocasião do julgamento do REsp n. 86.473-PR:

Destaco, em preliminar, questão relacionada com a admissibilidade do recurso.

Como registrei no relatório, o Acórdão tomado no julgamento dos embargos infringentes não foi objeto de recurso. O apelo enfrenta a decisão intermediária, que apreciou a remessa oficial.

Em tal situação, o recurso não estaria a desafiar “decisão de última instância”. Por isto, seu conhecimento seria inviável.

Surge, entretanto, uma questão incidente, relacionada com a possibilidade de o acórdão que deslindou remessa de ofício expor-se a embargos infringentes.

É necessário que superemos esta questão.

Com efeito, se for possível a incidência dos embargos, o recurso especial não será conhecido.

Em contrapartida, se os embargos forem inoportunos, o Acórdão que deles conheceu terá laborado em nulidade.

Vejamos, pois:

O Regimento Interno do E. Tribunal *a quo* prevê a interposição de embargos infringentes no julgamento de remessa *ex officio*. (art. 253).

No julgamento do REsp n. 29.800, que funcionou como *leading case* e conduziu à Súmula n. 45 do STJ, dissertei sobre o tema, nestas palavras:

A remessa de ofício é um instituto criado pelo atual Código de Processo Civil para substituir a apelação *ex officio* consagrada no art. 822 do diploma de 1939, nestes termos:

A apelação necessária ou *ex officio* será interposta pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença.

Parágrafo único. Haverá apelação necessária:

I - das sentenças que declaram a nulidade do casamento;

II - das que homologam o desquite amigável;

III - das proferidas contra a União, o Estado ou o Município.

O recurso *ex officio* é uma contribuição lusitana ao Direito Processual.

Sua origem encontra-se no velho procedimento inquisitório da Justiça Penal.

Para Alfredo Buzaid o recurso obrigatório foi concebido como instrumento de controle do arbítrio que o sistema inquisitivo possibilitava aos juízes.

José Frederico Marques sustenta:

a apelação criminal *ex officio* foi instrumento de centralização monárquica de que se serviram os dinastas portugueses para a instauração paulatina do absolutismo, e em detrimento das Justiças locais. (Instituições de Direito Processual Civil - Forense - 1960 - Vol. IV - p. 364).

No Direito brasileiro, o instituto foi adotado, mas - no dizer do Mestre Frederico Marques - "não foi para ampliar a intervenção e controle judicial em processos relativos a direitos indisponíveis (o processo civil inquisitório) que adotamos o recurso de-ofício, e, sim, para maior garantia do Erário. Só mais tarde é que a apelação *ex officio* passou a ser usada em algumas questões e litígios de direito matrimonial" (*op. cit.* p. 365).

Em verdade, o instituto traduz uma deformação cultural, herdada de nossas origens: a falta de confiança do Estado em seus agentes e a leniência em sancionar quem pratica atos ilícitos em detrimento do interesse público.

Se o juiz ou o advogado do Estado é desidioso ou prevaricador, outros povos civilizados o afastariam da Magistratura.

Nós, não: criamos uma complicação processual, pela qual, violentando-se o princípio dispositivo, obriga-se o juiz a recorrer.

O Código de Processo Civil de 1973 racionalizou o sistema de recursos, especializando as diversas formas de apelos, em função do ato judicial a ser desafiado.

Racionalizou, também, a terminologia dos atos praticados pelo juiz, no processo.

Assim, o termo "sentença" foi reservado para designar "o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa" (CPC art. 161, § 1º).

Qualquer decisão que não ponha termo ao processo denomina-se "decisão interlocutória" (art. 161, § 2º).

No que respeita à sistemática dos recursos, o art. 513, com admirável precisão, disse: "Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269)".

Assim especializada a apelação, destinou-se o agravo de instrumento às demais decisões.

Já os embargos infringentes tiveram o âmbito de atuação limitado aos acórdãos provenientes de apelações. Vale dizer: aos arestos que apreciaram sentenças.

Na impossibilidade de romper com a tradição do "recurso *ex officio*", o Diploma de 1973 concebeu fórmula em que procurou conciliar a velha anomalia com o princípio do dispositivo e a terminologia científica adotada.

A fórmula se traduziu no art. 475 do CPC, nestes termos:

Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença:

- I - que anular o casamento;
- II - proferida contra a União, o Estado e o Município;

III - que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585. n. VI).

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do Tribunal avocá-los.

O Artigo 475 se insere como corpo estranho no sistema do Código. A decisão contrária ao Estado:

a) julga o mérito e leva o apelido, mas não é sentença, porque não põe fim ao processo;

b) não se confunde com “decisão”, pois não preclui;

c) afasta-se destes dois atos do juiz por ser ineficaz. Enquanto os dois outros requisitam a atuação de atos da parte, para que tenham suspensos seus efeitos, o ato de que trata o art. 475 é absolutamente ineficaz. O dispositivo nele contido apenas ganha eficácia depois de confirmado pelo Tribunal.

Diante de tantas particularidades, o intérprete é levado a constatar que o ato do juiz - ao se pronunciar contra a pretensão do Estado - constitui o primeiro momento de um ato judicial complexo. O aperfeiçoamento deste ato complexo requer a manifestação de dois órgãos: o juiz singular e o Tribunal.

O juiz, nesta hipótese, apresenta ao Tribunal um projeto de sentença. Aprovado, o esboço transforma-se em sentença, eficaz e apta a gerar coisa julgada.

Em contrapartida, quando modifica o projeto, a Corte não estará reformando sentença. Estará ajustando a proposta ao que lhe parece deva ser a sentença correta.

Percebido este fenômeno, é de se concluir que na remessa *ex officio* não existe qualquer recurso. Muito menos, apelação.

Ora, os embargos infringentes servem apenas para atacar apelações. Não desafiam qualquer outro recurso.

No julgamento do RE n. 89.490 (RTJ 91/1084/85), o saudoso Ministro Cunha Peixoto, observou, *in verbis*:

a redação do parágrafo único, a meu ver, leva à conclusão de não se tratar de apelação. Com efeito, o final desse parágrafo estatui: “não o fazendo, (quer dizer, não remetendo os autos) poderá o presidente do Tribunal avocá-los”.

Não há apelação quando se trata de avocação. Ora, quando o Juiz não determina a remessa dos autos, o Presidente pode avocar o processo, e não se pode dizer haver, aí, apelação.

Acho que basta este argumento para mostrar, *data venia*, que não é apelação.

Assim, com a devida vênia dos eminentes Ministros que votaram em sentido contrário, conheço do recurso mas lhe nego provimento.

Este voto foi prestigiado pela adesão do Eminentíssimo Ministro Moreira Alves, nestes termos:

Não há dúvida alguma de que a modificação em causa decorreu de intenção preconcebida de alterar o sistema atual, e a alteração se fez com a retirada, do Código atual, da "apelação *ex officio*" do capítulo dos recursos, e a colocação de sujeição a duplo grau de jurisdição no capítulo da Coisa Julgada, para caracterizar que a sentença, nesses casos, não transita em julgado com o ato de julgamento de primeiro grau, mas se desdobra em ato complexo. Para que ela transite em julgado, necessário se faz que, além do julgamento de primeira instância, haja o de segunda, tanto por maioria de votos, como por unanimidade.

Ora, no sistema do Código anterior, só se admitiam, quando houvesse divergência, embargos infringentes, porque estes eram cabíveis, quando não fosse unânime a decisão em apelação, e, no caso, havia apelação, embora *ex officio*.

É certo que, mesmo sob o império do Código de 1939, houve parte da doutrina que se manifestou em contrário, entendendo que a apelação necessária, ou *ex officio*, não era propriamente recurso. Mas, essa doutrina não vingou, porque a questão não era ontológica, mas devia ser resolvida em face do tratamento que a lei lhe dava, e este era o de apelação.

Em face do novo Código de Processo Civil, isso não mais ocorre, não cabendo, conseqüentemente, embargos infringentes, que, pelo artigo 530, só se admitem com relação a julgados proferidos em apelação e em ação rescisória.

Em face do exposto, Sr. Presidente, com a devida vênia dos que pensam em contrário, acompanho o voto do eminentíssimo Ministro Cunha Peixoto, e, portanto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

Os dois pronunciamentos resultaram vencidos. No entanto neles se encontram razões ponderosas, que autorizam o reestudo da controvérsia - tanto mais, quando se pensa em simplificar e tornar econômico o procedimento civil.

O Superior Tribunal de Justiça, a quem foi transferida a competência para interpretar a lei federal deve reabrir tão relevante questão, revendo inclusive, a Súmula n. 77 do saudoso Tribunal Federal de Recursos.

A Corte, efetivamente acolheu minha proposta, adotando o entendimento de que Acórdão majoritário em sede de remessa oficial não se expõe a embargos infringentes.

Se assim ocorre, a decisão emitida pela Turma, na apreciação da remessa, pode ser conceituada como de última instância. Em conseqüência o recurso especial que a enfrentou merece conhecimento.

A ementa do citado precedente, publicada no DJ de 6.12.1996, restou assim redigida:

I – Processual. Remessa ex-officio. Acórdão não unânime. Embargos infringentes. Descabimento.

II – Tributário. Imposto de Renda. Crédito decorrente de empréstimo. Compulsório à Eletrobrás. Indisponibilidade. Não incidência.

I - Decisão que, em primeiro grau de jurisdição, condena o Estado não é sentença, mas um projeto que o juiz apresenta ao Tribunal (CPC - art. 475, III).

II - Remessa *ex officio* não é recurso - muito menos, apelação.

III - O acórdão que aprecia remessa *ex officio*, mesmo quando adotado por maioria, não se expõe a embargos infringentes. Contra ele é possível a interposição imediata de recurso especial.

IV - Os créditos resultantes de empréstimo compulsório à Eletrobrás não constituem disponibilidade, para fins de imposto de renda, enquanto não forem liberados pela devedora, nos termos do DL n. 1.512/1976, art. 3º.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 226.253-RN (99.0071123-8)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Recorrente: Fazenda Nacional
Procurador: Walter Giuseppe Manzi e outros

Recorrido: Brasilfarma Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.
Advogado: Wellington de Sá Borba Pinto

EMENTA

Tributário. Processual. *Finsocial*. *Cofins*. PIS. Compensação. Lei n. 8.383/1991 (art. 66). Instruções Normativas n. 21/1997 e n. 73/1997. Embargos infringentes. Remessa *ex officio*. CPC, art. 530.

1. No âmbito do lançamento por homologação, são compensáveis diretamente pelo contribuinte os valores recolhidos a título de *Finsocial com a Cofins*. Todavia a compensação do Finsocial com o PIS não é admitida.

2. O direito à compensação, inclusive, foi reconhecido pela administração fazendária (INs n. 21/1997 e n. 73/1997), incorporando solução judicial imediata, evitando-se prejuízos às partes, caso se afirmasse em contrário, ensejando novos recursos.

3. Precedentes da Primeira Seção-STJ.

4. Remessa *ex officio* não enseja a interposição de embargos infringentes.

5. Recurso parcialmente 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 parcial provimento ao recurso*, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Impedido o Senhor Ministro Francisco Falcão. Votaram de acordo com o Relator os Senhores Ministros José Delgado e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro José Delgado.

Custas, como de lei.

Brasília (DF), 13 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente
Ministro Milton Luiz Pereira, Relator

DJ 5.3.2001

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Ao derredor de remessa oficial o colendo Tribunal Regional Federal da 5ª Região constituiu, por maioria, aresto assim sumariado:

Tributário. Ação visando o reconhecimento do direito a compensação de crédito tributário relativo ao Finsocial. Inaplicação das regras do art. 170, CTN. Incidência da regra do art. 66 da Lei n. 8.383/1991. Remessa improvida. (fl. 81).

Opostos Embargos de Declaração foram rejeitados. Eis a ementa do julgado:

Processual Civil. Inexistência de omissão no acórdão. Embargos de declaração improvidos. (fl. 90).

Manifestados Embargos Infringentes foram improvidos por Acórdão ementado nestes termos:

Processual Civil. Remessa *ex officio*. Compensação dos valores recolhidos indevidamente com débitos referentes a outras contribuições da mesma espécie. Finsocial. PIS. Cofins.

1. O direito de realizar a compensação de tributos e contribuições da mesma espécie foi autorizado pelo art. 66, da Lei n. 8.383/1991.
2. Precedentes deste eg. Tribunal Regional Federal.
3. Embargos improvidos. (fl. 111).

A inconformidade recursal funda-se em alegada ofensa aos artigos 66, § 1º, da Lei n. 8.383/1991 e 170, 3º e 4º, do Código Tributário Nacional, além de dissenso com julgados de outros Tribunais.

Aduz: “(..) não são da mesma espécie todas as contribuições destinadas à seguridade social, pois as espécies de contribuições são identificadas pela materialidade de sua hipótese de incidência. Conseqüentemente, só existe uma contribuição de cada espécie, vale dizer, só podem ser compensados créditos do

PIS com débitos do PIS, Finsocial com Finsocial, Cofins com Cofins e assim sucessivamente.”

Omissis

(...) só pode existir uma contribuição de cada espécie, pelo que descabe qualificar como da mesma espécie todas as contribuições para a seguridade social. Quando não for possível efetuar-se a compensação cabe ao contribuinte postular a restituição do indébito prevista no Código Tributário Nacional. (fls. 120-121).

Conclui requerendo:

Diante de todo o exposto, temos que:

a) A decisão que permite a compensação no caso dos autos afronta o disposto no art. 66 da Lei n. 8.383/1991 e o art. 170 do CTN.

b) A interpretação dada a questão pelo TRF 5º Região é frontalmente divergente ao entendimento do TRF 1º e do Superior Tribunal de Justiça.

Isto posto, a Fazenda Nacional confia cm que esta Excelsa Corte proverá este apelo derradeiro para o fim de reformar o referido aresto, cassando a autorização nele contida para a compensação de créditos decorrentes do Finsocial com débitos da recorrida relativos ao PIS, restaurando-se, assim, a autoridade do art. 66, § 1º da Lei n. 8.383/1991 e art. 170 do CTN. (fl. 127).

Transcorreu *in albis* o prazo para apresentação de contra-razões.

O Presidente do Tribunal *a quo* admitiu o processamento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Descortina-se recurso aviado ao derredor da “compensação” (art. 66, Lei n. 8.383/1991), tendo por razão valores recolhidos a título de Finsocial, ensejando a interposição do presente despique com a finalidade de ser modificado o julgado para decretar a inexistência de direito à compensação do Finsocial com débitos relativos à Contribuição Social.

Presentes os requisitos de admissibilidade, impõe o conhecimento do recurso.

Nessa, perspectiva, alinhei-me à compreensão preponderante na Primeira Turma, contrária à compensação; *verbis*:

Créditos tributários. Compensação.

A compensação de créditos tributários só é possível com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos. Não comprovada a existência de créditos desta natureza. A pretensão só poderia ser apreciada e decidida na ação e procedimento ordinário.

Recurso improvido. (RMS n. 4.451-3-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, *in* DJU de 19.9.1994);

Tributação. Compensação. Art. 66 da Lei n. 8.383/1991. Art. 170, do CTN. Art. 146, III, **b**, CF/1988.

1. A Primeira Turma, de modo unânime, em inúmeros precedentes tem assentado que a compensação prevista no art. 66, da Lei n. 8.383/1991, só tem lugar quando, previamente, existe liquidez e certeza do crédito a ser utilizado pelo contribuinte.

2. Crédito líquido e certo, por sua vez, conforme exige o ordenamento jurídico vigente, e o que tem o seu *quantum* reconhecido pelo devedor. Esse reconhecimento pode ser feito de modo voluntário ou por via judicial.

3. O auto-lançamento previsto no CTN e a atividade vinculada. Só pode ser feito de acordo com as regras fixadas pela norma jurídica positiva.

4. Não há lei autorizando, em se tratando de compensação, que o contribuinte efetue o auto-lançamento antes de apurar a liquidez e certeza do crédito.

5. O sistema jurídico tributário trata, de modo igual, situações que impõem relações obrigacionais do mesmo nível. Se, por ocasião a extinção do tributo por meio de pagamento, o devedor e quem apresente o seu débito como líquido e certo, a fim de ser verificado, posteriormente, pelo credor, o mesmo há de se exigir para a compensação, isto é, a parte devedora, no caso o Fisco, deve ser chamada para apurar a certeza e a liquidez do crédito que o contribuinte diz possuir. Tratar de modo diferenciado a compensação, no tocante a liquidez e certeza do débito, e criar, sem autorização legal, um privilégio para o contribuinte e uma discriminação, para a Fazenda Pública.

6. O art. 146, III, letra **b** da CF/1988, dispõe que somente Lei Complementar pode tratar de obrigação, lançamento e crédito tributários. O art. 170, do CTN, ao exigir liquidez e certeza para ser efetivada a compensação, e lei complementar. Ainda mais, quando diz que a compensação só pode ser feita nos termos da Lei Ordinária. Fixa, assim, pressuposto nuclear a ser cumprido pelas partes, não dispensável pela lei ordinária, que é a existência de crédito líquido e certo. A seguir, exige que a lei ordinária autorize a compensação e fixe garantias e o

modo da mesma se proceder. O art. 66 da Lei n. 8.383/1991, em conseqüência, é derivado do art. 170, do CTN. Não criou um novo tipo de compensação. Se o fizesse, não seria acolhido pelo sistema jurídico tributário, por violar norma hierarquicamente superior.

7. Recurso especial provido (REsp n. 108.470-PR, Rel. Min. José Delgado, *in* DJU de 7.4.1997);

Tributário. Compensação de créditos. Finsocial com o Cofins. Mandado de segurança. Ausência de pressupostos Autorizativos. Impossibilidade.

I - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a compensação tributária pressupõe o confronto de débito e crédito provenientes de tributos da mesma natureza, bem como o inequívoco reconhecimento da sua existência. Daí a impossibilidade de ser admitida pela via eleita do *writ of mandamus* a sua pronta concretização.

Ademais, esta colenda Corte se orientou no sentido de ser contrária à compensação entre créditos e débitos provenientes, respectivamente, de Finsocial e Cofins (RMS n. 4.035-6-DF).

II - Recurso especial provido. (REsp n. 100.622-RS, Rel. Min. José de Jesus Filho, *in* DJU de 7.4.1997).

Conquanto a falar da “compensação”, continue pensando ser necessária a demonstração de precedente liquidez e certeza, tornou-se inescandível que a egrégia Primeira Seção, em multifários julgamentos, concretizada em Embargos de Divergência, assentou compreensão favorecendo a possibilidade da pretensão deduzida pelo contribuinte. A respeito, em comemorando o julgamento pioneiro (EREsp n. 78.301-BA - Rel. Min. Ari Pargendler, *inter alia*, confira-se:

Tributário. Contribuição para o *Finsocial* (Lei n. 7.689/1988). Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social *Cofins* (Lei Complementar n. 70/1991). Compensação (Lei n. 8.383/1991). Possibilidade. Embargos Recebidos.

I - Os valores recolhidos a título de contribuição para o *Finsocial*, cuja exação foi considerada inconstitucional pelo STF (RE n. 150.764-1), são compensáveis diretamente pelo contribuinte com aqueles devidos à conta de Cofins, no âmbito do lançamento por homologação. Precedente EREsp n. 78.301-BA, relator Ministro Ari Pargendler, 1ª Seção, julgado em 11.12.1996.

II - Tributos, cujo crédito constitui-se através de lançamento por homologação, como no caso, são apurados em registros da contribuinte, devendo ser considerados líquidos e certos para efeito de compensação, a se concretizar independentemente de prévia comunicação à autoridade fazendária (cf. art. 2º da IN/SRF n. 67/1992), cabendo a essa a fiscalização do procedimento.

III - Embargos recebidos. (REsp n. 96.939 - Rel. Min. Adhemar Maciel - *in* DJU de 30.6.1997).

Outrossim, diante da fortidão do entendimento pretoriano, na lida da compensação, a administração fazendária editou instruções normativas admitindo-a, circunstância que, pragmaticamente, demanda o reconhecimento dos pedidos articulados pelos contribuintes (IN n. 21/1997 e IN n. 73/1997). Teimar com afirmação contrária, na verdade, seria perpetuar situação já resolvida administrativamente, com prejuízos às partes e desconsideração com a instrumentabilidade do processo, ensejando novos recursos.

Contudo, razão assiste à Fazenda Nacional quanto à impossibilidade de compensar débitos oriundos de Finsocial com débitos de natureza diversa, confira-se:

Tributário. Compensação. Finsocial. PIS. A jurisprudência da 1ª e 2ª Turmas do STJ é uniforme no sentido de que, no regime do art. 66 da Lei n. 8.181/1981, os valores indevidamente recolhidos como contribuição para o Finsocial não podem ser compensados com aqueles devidos à conta da contribuição para o PIS. Agravo regimental improvido. (AGREsp n. 133.282-RS, Rel. Min. Ari Pargendler, *in* DJU de 1º.9.1997);

Embargos de declaração. Compensação de créditos. Finsocial e Cofins. Alegada omissão em relação ao PIS. Inocorrência.

Os valores excedentes, indevidamente recolhidos a título do Finsocial são compensáveis com os da mesma espécie tributário, não se compensando os valores do Finsocial com as contribuições para o PIS, de características e destinação diferentes, nenhuma omissão há a ser suprida.

Embargos rejeitados. (EDREsp n. 119.120-SE, Rel. Min. Hélio Mosimann, *in* DJU de 8.9.1997);

Tributário. Contribuição para o Finsocial. Inconstitucionalidade (RE n. 159.764-1). Compensação de créditos. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins. Lei n. 7.689, de 1988, art. 9º. Precedentes STJ.

- Declarada inconstitucional a contribuição para o Finsocial criada pelo art. 9º da Lei n. 7.689, de 1988 (RE n. 159.764-I), os valores recolhidos a esse título, após serem corrigidos monetariamente desde data do pagamento, são compensáveis com aqueles devidos a título de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins; não quanto aqueles devidos a título de contribuição para o PIS, contribuição social sobre o lucro e contribuição social sobre a folha de salários (REsp n. 100.036-CE).

- Recurso parcialmente provido. (REsp n. 78.387-AM, Rel. Min. Peçanha Martins, *in* DJU de 6.10.1997);

Embargos de declaração. Compensação. Finsocial e Cofins.

Admissibilidade. Não, porém, em relação a contribuição social sobre o lucro e as contribuições previdenciárias.

Recebimento dos embargos para, suprindo a omissão, prestar os necessários esclarecimentos. (EDREsp n. 128.887-RS, Rel. Min. Hélio Mosimann, *in* DJU de 17.11.1997);

Processual. Tributário. Preclusão e ausência de prequestionamento (art. 473 Súmula n. 282-STF). Compensação. Finsocial. Cofins, PIS, contribuição social sobre o lucro e imposto de renda de pessoa jurídica.

- Não se conhece de recurso especial que pretende trazer a exame do

- STJ, matéria preclusa e não agitada no acórdão recorrido.

- O lançamento da compensação entre crédito e débito tributário efetiva-se por iniciativa do contribuinte e com risco para ele. O Fisco, em considerando que os créditos não são compensáveis, ou que não é correto o alcance da superposição de critérios e débitos, praticará o lançamento por homologação (previsto no art. 150 do CTN).

- É lícito, porém, ao contribuinte pedir ao Judiciário, declaração de que seu crédito é compensável com determinado débito tributário. Os créditos provenientes de pagamentos indevidas, a título de contribuição para o Finsocial, são compensáveis, apenas, com valores devidos com o Cofins. (REsp n. 143.471-CE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *in* DJU de 24.11.1997);

Tributário. Compensação de créditos. Finsocial X Cofins. Possibilidade. Finsocial X PIS. Impossibilidade. Precedentes. Recurso parcialmente provido.

I - Os valores recolhidos a título de contribuição para o Finsocial, cuja exação foi considerada inconstitucional pelo STF (RE n. 150.764-1), são compensáveis diretamente pelo contribuinte com aqueles devidos a conta de Cofins, no âmbito do lançamento por homologação. Precedentes: EREsp n. 78.301-BA, 1ª Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, *in* DJU de 28.4.1997.

II - O mesmo não ocorre em relação ao PIS, visto tratar-se de exação com finalidade diversa daquela destinada ao financiamento da seguridade social.,

III - Recurso especial parcialmente provido. (REsp n. 117.798-PE, Rel. Min. Adhemar Maciel, *in* DJU de 1º.12.1997);

Tributário. Contribuição para o Finsocial (Lei n. 7.689/1988). Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins (Lei Complementar n. 70/1991).

Compensação (Lei n. 8.383/1991): Possibilidade. Finsocial e Contribuição Social sobre o Lucro - CSSL (Lei n. 7.689/1988). Compensação (Lei n. 8.383/1991). Impossibilidade. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

I - Os valores recolhidos e título de contribuição para o Finsocial, cuja exação foi considerada inconstitucional pelo STF (RE n. 150.764-1), são compensáveis diretamente pelo contribuinte com aqueles devidos a conta de Cofins, no âmbito do lançamento ou homologação. Precedente: EREsp n. 78.301-BA, Relator Ministro Ari Pargendler, 1ª Seção, julgado em 11.12.1996.

II - A IN n. 67/1992, como norma complementar prevista no art. 66, par. 4º, da Lei n. 8.383/1991, não poderia criar óbices ao instituto da compensação tributária, não previsto na lei de regência, devendo limitar-se a sua simples regulamentação.

III - Todavia, a compensação entre o Finsocial e a CSSL, não é admitida, visto que possuem fatos geradores distintos.

IV - Recurso parcialmente conhecido. (REsp n. 152.652-SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, in DJU de 15.12.1997);

Tributário. Contribuições para o Finsocial e para o Cofins. Art. 66 da Lei n. 8.383/1991. Valores compensáveis. Precedentes. Os valores excedentes, indevidamente recolhidos a título do Finsocial, são compensáveis com aqueles - da mesma espécie tributária - devidos a título de contribuição social (Cofins), assegurados a autoridade administrativa a fiscalização e o controle do procedimento.

A compensação, entretanto, não será obtida entre créditos de natureza diversa (PIS). (REsp n. 124.691-CE, Rel. Min. Hélio Mosimann, in DJU de 2.2.1998).

Finalmente, no sítio do cabimento de embargos infringentes em sede de remessa de ofício, a jurisprudência preponderante estadeou a sua impropriedade. À mão ilustrar, *inter alia*, confira-se:

Processual. Remessa *ex officio*. Natureza do fenômeno. CPC art. 475. Embargos infringentes (descabimento). Remessa *ex officio*. *Reformatio in pejus*. Súmula n. 45-STJ.

1. A decisão de primeiro grau, contrária ao Estado, constitui o primeiro dos momentos e um ato judicial complexo, cujo aperfeiçoamento requer manifestação do Tribunal.

2. Quando aprecia remessa *ex-officio*, o Tribunal não decide apelação simplesmente complementa o ato complexo.

3. Embargos infringentes são impróprios para desafiar acórdão não unânime proferido em remessa *ex-officio* (Revisão da Súmula n. 77 do TFR).

4. "No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública" (Súmula n. 45 do STJ). (REsp n. 29.800-MS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *in* DJU de 15.3.1993);

I - Processual. Remessa *ex-officio*. Acórdão não unânime. Embargos infringentes. Descabimento.

III - Tributário. Imposto de Renda. Crédito decorrente de empréstimo compulsório à Eletrobrás. Indisponibilidade. Não incidência.

I - Decisão que, em primeiro grau de jurisdição, condena o Estado não é sentença, mas um projeto que o juiz apresenta ao Tribunal (CPC - art. 475, III).

II - Remessa *ex officio* não é recurso - muito menos, apelação.

III - O Acórdão que aprecia remessa *ex officio*, mesmo quando adotado por maioria, não se expõe a embargos infringentes. Contra ele, é possível a interposição imediata do recurso especial.

IV - Os créditos resultantes de empréstimo compulsório à Eletrobrás não constituem disponibilidade, para fins de imposto de renda, enquanto não forem liberados pela devedora, nos termos do DEL n. 1.521/1976, art. 3°. (REsp n. 86.473-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *in* DJU de 16.12.1996).

Nesse contexto, em que pese ressaltar o meu entendimento, submetendo-me à jurisprudência uniformizadora estadeada pela Colenda Primeira Seção, *voto provendo parcialmente o recurso* interposto pela Fazenda Nacional afirmando assim que os valores oriundos de Finsocial, no caso, são compensáveis tão-só com a Cofins, bem como estadeando o não cabimento de embargos infringentes em sede de remessa de ofício.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 402.970-RS (2002/0001249-3)

Relator: Ministro Felix Fischer

Relator para o acórdão: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Patrícia Ribas Leal Messa e outros

Recorrido: João Olímpio de Souza Filho

Advogado: Fábio Maffessoni Kury

EMENTA

Processual Civil. Remessa necessária. Decisão proferida por maioria. Embargos infringentes. Não cabimento. Precedentes.

I - Consoante já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, não são cabíveis embargos infringentes contra decisão proferida, por maioria, em remessa necessária.

II - Há que se fazer distinção entre a apelação e o reexame necessário. A primeira é recurso, propriamente dito, reveste-se da voluntariedade ao ser interposta, enquanto o segundo é mero “complemento ao julgado”, ou medida acautelatória para evitar um desgaste culposo ou doloso do erário público ou da coisa pública.

III - O legislador soube entender que o privilégio dos entes públicos têm limites, sendo defeso dar ao artigo 530 do Código de Processo Civil um elastério que a lei não ousou dar. Assim, só são cabíveis os embargos infringentes contra acórdãos em apelação ou ação rescisória. Esta é a letra da lei.

IV - Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça “Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Gilson Dipp, que lavrará o acórdão”.

Votaram com Sr. Ministro Gilson Dipp os Srs. Minstros José Arnaldo da Fonseca e Laurita Vaz.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Felix Fischer e Jorge Scartezzini.

Sustentou oralmente na sessão de 12.3.2002: Dr. Caio Martins Leal (pelo recorrido).

Brasília (DF), 16 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator p/ acórdão

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: O *Estado do Rio Grande do Sul* interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal contra decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que considerou não ser cabível a interposição de embargos infringentes contra decisão proferida em sede de reexame necessário.

Alega o recorrente ofensa ao art. 530 do CPC, além de divergência jurisprudencial. Sustenta que os embargos infringentes podem ser interpostos contra decisão não unânime em reexame necessário, não obstante a lei limitar seu cabimento apenas contra apelação e ação rescisória.

Contra-razões à fl. 354.

Admitido o recurso, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Embora o art. 530 do CPC estabeleça o cabimento dos embargos infringentes apenas contra decisão por maioria em apelação e ação rescisória, entendo que, em se tratando de remessa *ex officio*, esse recurso também é cabível.

As opiniões contrárias normalmente se atêm à natureza da remessa oficial, que não constitui recurso, quanto mais apelação. Nesse sentido há alguns pronunciamentos desta Corte: REsp n. 200.071-RJ, Rel. Min. *Edson Vidigal*, 5ª Turma, DJU de 10.5.1999, p. 228; REsp n. 174.100-CE, Rel. Min. *Milton Luiz Pereira*, DJU de 29.3.1999, p. 88; REsp n. 158.000-GO, Rel. Min. *Fernando Gonçalves*, DJU de 24.8.1998, p. 113; REsp n. 86.473-PR, Rel. Min. *Humberto Gomes de Barros*, DJU de 16.12.1996, p. 50.757; e EREsp n. 168.837-RJ, Rel. Min. *Hamilton Carvalhido*, DJU de 5.3.2001.

Cumprе esclarecer que a admissibilidade dos embargos infringentes, nesses casos, não se deve, nem de longe, pelo fato de se considerar o reexame necessário uma apelação. São duas figuras distintas, a começar pelo fato de a apelação ser um recurso, o qual necessariamente pressupõe voluntariedade da parte que, inconformada com a decisão, busca sua reforma na instância superior. Já o reexame, como a própria denominação já indica – seja recurso de ofício, remessa *ex officio* ou reexame necessário – é obrigatório. É condição para que a sentença, nos casos previstos no art. 475 do CPC, transite em julgado.

Há processualistas de renome que sustentam a admissibilidade dos embargos nesses casos, tais como **NELSON NERY JUNIOR** (“Princípios Fundamentais – Teoria Geral Recursos”, RT, 1996, 3ª edição, p. 371), **SERGIO BERMUDES** (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. VII, RT, 2ª edição, 1977, p. 203), **MARCOS AFONSO BORGES** (“Embargos Infringentes”, AB Editora, 3ª edição, pp. 91-95) e **JOSÉ FREDERICO MARQUES** (“Manual de Direito Processual Civil”, vol. III, Bookseller, 1ª edição atualizada, 1997, item 604, p. 150).

Nelson Nery Junior, Marcos Afonso Borges e José Frederico Marques expõem, em síntese, que os embargos são cabíveis na remessa obrigatória porquanto esta segue o rito da apelação, revestindo-se das características desta, dentre elas a de ensejar o recurso do art. 530 do CPC.

José Frederico Marques ainda enriquece o debate com mais um detalhe, o de que na remessa há devolução plena ao juízo *ad quem* da matéria decidida, assim como na apelação, mesmo não sendo voluntária, “pelo que, contra o acórdão proferido em segundo grau, podem caber embargos infringentes” (ob. cit., nota de rodapé n. 64, p. 150).

Há ainda outro argumento, mais contundente, a confirmar a necessidade de se admitir os embargos infringentes nos julgamentos de remessa *ex officio*, *definido pelo respeitado mestre JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA* como “razões de ordem sistemática”. É uma maneira de evitar distorções na ordem recursal, evitando assim situações inusitadas e que possam vir a favorecer uma das partes. Eis o que preleciona o citado autor em seus “Comentários ao Código de Processo Civil”, volume V, Rio de Janeiro, Forense, 6ª edição, página 512:

Embora não se identifique com a apelação, nem constitua tecnicamente recurso, no sistema do Código, razões de ordem sistemática justificam a admissão de embargos infringentes contra acórdãos por maioria de votos no reexame da causa *ex vi legis* (art. 475). E ilustrativo o caso da sentença contrária à União, ao Estado ou ao Município: se a pessoa jurídica de direito público apela, e o julgamento de segundo grau vem a favorecê-la, sem unanimidade, o adversário dispõe sem dúvida alguma dos embargos; ora, não parece razoável negar-lhe esse recurso na hipótese de igual resultado em simples revisão obrigatória – o que, em certa medida, tornaria paradoxalmente mais vantajoso, para a União, o Estado ou o Município, omitir-se do que apelar.

A jurisprudência do extinto *Tribunal Federal de Recursos também sufragou* tal entendimento, a ponto de elaborar uma Súmula a respeito, a de número 77:

Cabem embargos infringentes a acórdão não unânime proferido em remessa *ex officio* (Código de Processo Civil, art. 475).

O *Pretório Excelso*, por intermédio de seu *Tribunal Pleno*, também se pronunciou nesse sentido no julgamento do RE n. 89.490-DF (RTJ 91/1079):

Embargos infringentes. Remessa necessária.

Cabem os embargos, quando não for unânime o julgado proferido em reexame necessário, ainda que não interposta a apelação voluntária.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

Há outras decisões do Colendo *STF* abraçando essa tese: RTJ 96/1406 e RTJ 94/801.

Por fim, deve-se ressaltar ainda a Conclusão n. 31 do Simpósio de Processo Civil realizado em Curitiba-PR na última semana de outubro de 1975, noticiada pelo eminente Ministro **SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA** em artigo publicado na Revista de Processo n. 3/142 sob o título “As Conclusões do Simpósio de Processo Civil”, e assim redigida:

31 – Cabem embargos infringentes no reexame obrigatório (art. 475).

Dessarte não há como negar a admissibilidade dos embargos infringentes na hipótese discutida, devendo-se reformar o v. acórdão reprochado.

Pelo exposto, conheço e dou provimento ao recurso.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de pedido de vista formulado em processo da relatoria do Min. Felix Fischer, onde se discute a possibilidade ou não da interposição dos embargos infringentes em acórdão, que apreciou reexame necessário, também chamado de remessa *ex officio*.

Após ler as eruditas razões do E. Relator, no sentido do cabimento dos infringentes, ocasião em que Sua Excelência robustece o seu arrazoado com as lições de: Nelson Nery Junior, Sérgio Bermudes, Marcos Afonso Borges, José Frederico Marques e José Carlos Barbosa Moreira, forçoso reconhecer o brilhantismo da tese. Realmente é sedutora. Todavia, divirjo do E. Relator,

para entender que não são cabíveis os embargos infringentes no reexame necessário, por razões singelas, dentre elas, a de maior relevo é a total distinção entre apelação e o reexame necessário. A primeira é recurso, propriamente dito, reveste-se da voluntariedade ao ser interposta, enquanto o segundo é mero “complemento ao julgado” ou, caso prefiram, medida acautelatória para evitar um desgaste culposo ou doloso do erário público ou da coisa pública.

Por óbvio, que o legislador soube entender que o privilégio dos entes públicos têm limites, sendo defeso dar ao artigo 530 do Código de Processo Civil um elastério que a lei não ousou dar, qual seja, *só são cabíveis os embargos infringentes contra acórdãos em apelação ou ação rescisória*. Esta é a letra da lei. Seu raciocínio se explica pela sapiência do legislador, ao não albergar o reexame necessário.

Aliás, este tema já foi alvo de amplos debates nesta Eg. Quinta Turma, bem como na Terceira Seção. Vale lembrar, que em um *judgado isolado* desta Turma, qual seja, o Recurso Especial n. 168.837-RJ, onde funcionou como Relator o E. Min. Felix Fischer, esta Eg. Turma entendeu ser possível a interposição dos embargos infringentes na remessa *ex officio*. O acórdão restou publicado aos 8 de março de 1999. Todavia, contra o aludido acórdão foram interpostos os respectivos embargos de divergência, momento em que a Terceira Seção, por maioria, aos 8 de novembro de 2000, espancou a tese, vencidos os Ministros Felix Fischer e Jorge Scartezzini. A ementa sumariou o julgado aos exatos termos:

Embargos de divergência. Processual Civil. Duplo grau de jurisdição obrigatório. Embargos infringentes. Impossibilidade.

1. Sucumbente o Poder Público, não lhe suprime o reexame obrigatório a apelação voluntária, apta a ensejar-lhe os embargos infringentes, como foi sempre comum da defesa dos interesses dos entes públicos em geral, aplicando-se, à espécie, o adágio latino *dormientibus non succurrit ius*.

2. As normas do reexame necessário, pela sua afinidade com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente, em obséquio dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, até porque, ao menor desaviso, submeter-se-á o processo a tempos sociais prescritivos ou a aprofundamentos intoleráveis de privilégios, denegatórios do direito à tutela jurisdicional.

3. Inaplicabilidade da Súmula n. 77-TFR.

4. Embargos de divergência acolhidos. (REsp n. 168.837-RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, D.J. de 5.3.2001).

Secundando o mesmo posicionamento, seguem os seguintes arestos:

Processual Civil. Remessa necessária. Decisão dada por maioria. Embargos infringentes. Não cabimento.

1. Não são cabíveis Embargos Infringentes contra decisão dada por maioria, em remessa necessária.

2. Agravo Regimental conhecido e não provido. (AGA n. 185.889-RS, Rel. Min. Edson Vidigal, D.J. de 1º.8.2000).

Processual Civil. Remessa oficial (*ex officio*) decidida por maioria. Embargos infringentes. Descabimento.

1 - Os embargos infringentes são impróprios para desafiar acórdão não unânime proferido em sede de remessa *ex-officio*, porquanto o Tribunal quando a aprecia, limita-se a complementar o ato complexo que se iniciou com a decisão contrária ao Estado. Precedentes da Corte.

2 - Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 226.053-PI, Rel. Min. Fernando Gonçalves, D.J. de 29.11.1999).

Processual. Remessa *ex officio*. Natureza do fenômeno. CPC art. 475. Embargos infringentes (descabimento). Remessa *ex officio*. *Reformatio in pejus*. Sumula n. 45. STJ.

1. A decisão de Primeiro Grau, contrária ao estado, constitui o primeiro dos momentos de um ato judicial complexo, cujo aperfeiçoamento requer manifestação do Tribunal.

2. Quando aprecia remessa *ex officio*, o Tribunal não decide apelação simplesmente complementa o ato complexo.

3. Embargos infringentes são impróprios para desafiar acórdão não unanime proferido em remessa *ex officio* (revisão da Sumula n. 77 do TFR).

4. "No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta a Fazenda Pública" (Sumula n. 45 do STJ). (REsp n. 29.800-MS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, D.J. de 15.3.1993).

Ante todo o exposto, divirjo do Relator para não conhecer do recurso, mantendo a higidez do v. acórdão hostilizado.

É como voto.



VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: No presente recurso especial interposto pelo Estado do Rio grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça da mesma

unidade federativa e que considerou não ser cabível a oposição de embargos infringentes contra decisão proferida em sede de remessa *ex officio*, o eminente Ministro Relator, Felix Fischer, entendeu em sentido contrário, seguindo a orientação por ele adotada em anterior precedente da Turma - no Recurso Especial n. 168.837-RJ.

Em pedido de vista do recurso, o eminente Ministro Gilson Dipp divergiu do entendimento exposto, ressaltando que contra o referido acórdão foram opostos embargos de divergência, oportunidade em que a Terceira Seção, embora por maioria de votos, afastou a tese do Min. Felix Fischer, firmando o entendimento de que não são cabíveis os embargos infringentes contra acórdão proferido em sede de remessa *ex officio*, porquanto o Tribunal quando a aprecia não decide apelação, apenas complementa o ato complexo que se iniciou com a decisão contrária ao Estado.

É importante ressaltar que, após o julgamento do citado precedente pela 3ª Seção, esta Colenda Quinta Turma, em sua atual composição, adotou o mesmo entendimento, por unanimidade de votos, como se verídica da ementa do julgado a seguir transcrita:

Ementa: Processual Civil. Recurso especial. Embargos infringentes. Reexame necessário. Cabimento. Art. 530, do CPC. Matéria pacificada pela 3ª Seção.

1 - A 3ª Seção deste Tribunal Superior de Uniformização decidiu que o “duplo grau de jurisdição obrigatório não é recurso e tem o seu estatuto processual próprio, que em nada se relaciona com o recurso voluntário de apelação, daí porque não se aplica àquele as normas referentes ao apelo, notadamente quanto à possibilidade de oposição de embargos infringentes, à ausência de previsão legal.” (REsp n. 168.837-RJ).

2 - Ressalvada, no entanto, a posição pessoal do Relator que, na esteira de inúmeros processualistas (Barbosa Moreira, Frederico Marques, Agrícola Barbi, Greco Filho e Nelson Nery Júnior) entende pelo cabimento dos Embargos Infringentes na Remessa Oficial, que somente pela forma, equipara-se ao Recurso Voluntário.

3 - Recurso conhecido, porém, desprovido.

(REsp n. 511.830-RS, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 13.10.2003, p. 00430).

Ante o exposto, peço vênua ao ilustre Ministro Relator, para acompanhar o posicionamento divergente esposado pelo Min. *Gilson Dipp*, razão pela qual, *não conheço* do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 511.830-RS (2003/0027599-2)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Neusa Maria Franco Mendes
Advogado: Tânia Maria Pimentel
Recorrido: Município de Lagoa Vermelha
Advogado: Luis Filipe Zonta e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Embargos infringentes. Reexame necessário. Cabimento. Art. 530, do CPC. Matéria pacificada pela 3ª Seção.

I - A 3ª Seção deste Tribunal Superior de Uniformização decidiu que o “duplo grau de jurisdição obrigatório não é recurso e tem o seu estatuto processual próprio, que em nada se relaciona com o recurso voluntário de apelação, daí porque não se aplica àquele as normas referentes ao apelo, notadamente quanto à possibilidade de oposição de embargos infringentes, à ausência de previsão legal.” (EREsp n. 168.837-RJ).

2 - Ressalvada, no entanto, a posição pessoal do Relator que, na esteira de inúmeros processualistas (Barbosa Moreira, Frederico Marques, Agrícola Barbi, Greco Filho e Nelson Nery Júnior) entende pelo cabimento dos Embargos Infringentes na Remessa Oficial, que somente pela forma, equipara-se ao Recurso Voluntário.

3 - Recurso conhecido, porém, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília (DF), 5 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ 13.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de Recurso Especial em Embargos Infringentes em Apelação Cível, interposto por *Neusa Maria Franco Mendes*, com fundamento no artigo 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fls. 139, prolatado pelo Segundo Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, por maioria, não conheceu dos embargos infringentes. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, *verbis*:

Embargos infringentes com base em voto vencido prolatado em reexame necessário. Descabimento. Interpretação do art. 530 do CPC.

Embargos não conhecidos.

Voto vencido.

Alega a recorrente, na via do especial, em síntese, que o v. aresto guerreado afrontou o art. 530, do CPC, quando decidiu pelo não conhecimento dos embargos infringentes ao fundamento de que não se conhece de referido recurso quando o julgamento não unânime se der em reexame necessário (fls. 147-156 - fax e 164-173 - originais).

Contra-Razões apresentadas às fls. 181-186.

Admitido o recurso às fls. 195-197, subiram os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido, porém, desprovido.

Alega o recorrente, com fundamento no art. 105, III, **a** da Constituição Federal, que o v. acórdão recorrido, ao entender incabíveis embargos infringentes

de decisão não unânime proferida em sede de reexame necessário, violou o art. 530, do Código de Processo Civil. Estando a matéria devidamente prequestionada, afasto a incidência da Súmula n. 356, do STF, *para conhecer do recurso, pela alínea a, do permissivo constitucional*.

Passo a seu exame.

Assim dispõe o art. 530 do Código de Processo Civil:

Art. 530 – Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

A matéria já foi objeto de apreciação por esta Corte, quando do julgamento do EREsp n. 168.837-RJ, onde proferi voto-vista, nos seguintes termos:

Inicialmente, anoto que, no caso *sub judice*, não se examina se a remessa obrigatória é recurso ou não, pois sabemos que não é, sendo apenas condição para que a sentença, nos casos do art. 475, do Código de Processo Civil, transite em julgado. O cerne da questão está em saber se o Recurso de Ofício deve ou não seguir a mesma forma e ter os mesmos trâmites processuais relativos à Apelação, que é recurso voluntário da parte.

Sobre o tema, **JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**, leciona-nos que:

Embora não se identifique com a apelação, nem constitua tecnicamente recurso, no sistema do Código, razões de ordem sistemática justificam a admissão de embargos infringentes contra acórdãos por maioria de votos no reexame da causa *ex vi legis* (art. 475). É ilustrativo o caso da sentença contrária à União, ao Estado ou ao Município: se a pessoa jurídica de direito público apela, e o julgamento de segundo grau vem a favorecê-la, sem unanimidade, o adversário dispõe sem dúvida alguma dos embargos; ora, não parece razoável negar-lhe esse recurso na hipótese de igual resultado em simples revisão obrigatória – o que, em certa medida, tornaria paradoxalmente mais vantajoso, para a União, o Estado ou o Município, omitir-se do que apelar. (*in*, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Forense, RJ, 7ª edição, p. 512-513).

No mesmo sentido, ilustres doutrinadores, como **FREDERICO MARQUES**, *in* “Manual de Direito Processual Civil”, vol. III, p. 119; **AGRÍCOLA BARBI**, *in* “Do Mandado de Segurança”, Forense, 3ª edição, p. 289-291 e **VICENTE GRECO FILHO**, *in* “Direito Processual Civil Brasileiro”, 2º volume, Ed. Saraiva, 4ª edição, p. 305. **NELSON NERY JÚNIOR**, taxativamente assevera que:

Embora a remessa obrigatória (CPC 475) se caracterize como condição de eficácia da sentença e não como recurso, tem o procedimento da apelação. Conseqüentemente, julgada por maioria de votos abre oportunidade para a interposição de embargos infringentes – negritei.

O Colendo Pretório Excelso, neste diapasão, ementou o seguinte:

Embargos infringentes. Remessa necessária. Cabem os embargos, quando não for unânime o julgado proferido em reexame necessário, ainda que não interposta a apelação voluntária. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE n. 93.546-RJ, Rel. Ministro *Xavier de Albuquerque*, DJU de 13.2.1981).

Duplo grau de jurisdição. Reexame necessário (recurso de ofício). Embargos infringentes. Código de Processo Civil, art. 475. Na hipótese do reexame necessário, nos termos do art. 475 do CPC, quando a decisão não for unânime, cabem embargos infringentes, por analogia com o juízo da apelação.

Recurso extraordinário não conhecido. (RE n. 90.206-SP, rel. Ministro *Rafael Mayer*, DJU de 16.5.1980).

Nesta esteira e sob este prisma, entendo que, **somente quanto à forma**, a Remessa Obrigatória se equipara ao Recurso Voluntário, para efeitos de rito e andamento processual, sendo possível, portanto, a oposição de embargos infringentes em acórdãos decididos por maioria de votos.

Todavia, ressalvado meu ponto de vista supra explanado e tendo restado vencido, por ser este um Tribunal Superior de Uniformização, curvo-me ao entendimento da Egrégia 3ª Seção.

O julgado restou, desta forma, assim ementado:

Embargos de divergência. Processual Civil. Duplo grau de jurisdição obrigatório. Embargos infringentes. Impossibilidade.

1. Sucumbente o Poder Público, não lhe suprime o reexame obrigatório a apelação voluntária, apta a ensejar-lhe os embargos infringentes, como foi sempre comum da defesa dos interesses dos entes públicos em geral, aplicando-se, à espécie, o adágio latino *dormientibus non succurrit ius*.

2. As normas do reexame necessário, pela sua afinidade com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente, em obséquio dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, até porque, ao

menor desaviso, submeter-se-á o processo a tempos sociais prescritivos ou a aprofundamentos intoleráveis de privilégios, denegatórios do direito à tutela jurisdicional.

3. Inaplicabilidade da Súmula n. 77-TFR.

4. Embargos de divergência acolhidos. (REsp n. 168.837-RJ, Rel. Ministro *Hamilton Carvalho*, DJU de 5.3.2001).

Por tais fundamentos, *conheço do recurso, porém, nego-lhe provimento.*

É como voto.



Súmula n. 391

SÚMULA N. 391

O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no Ag	707.491-SC	(2ª T, 17.11.2005 – DJ 28.11.2005)
AgRg no REsp	797.826-MT	(1ª T, 03.05.2007 – DJ 21.06.2007)
AgRg no REsp	855.929-SC	(1ª T, 19.09.2006 – DJ 16.10.2006)
REsp	222.810-MG	(1ª T, 14.03.2000 – DJ 15.05.2000)
REsp	343.952-MG	(2ª T, 05.02.2002 – DJ 17.06.2002)
REsp	579.416-ES	(1ª T, 1º.03.2007 – DJ 29.03.2007)
REsp	647.553-ES	(1ª T, 05.04.2005 – DJ 23.05.2005)
REsp	960.476-SC	(1ª S, 11.03.2009 – DJe 13.05.2009)

Primeira Seção, em 23.9.2009

DJe 7.10.2009, ed. 455

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 707.491-SC
(2005/0153355-8)**

Relator: Ministro Castro Meira
Agravante: Estado de Santa Catarina
Procurador: Ricardo de Araújo Gama e outros
Agravado: Cerâmica Expedicionário Ltda.
Advogado: Gilberto Alves da Silva e outro

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Energia elétrica. ICMS. Demanda contratada. Fato gerador. Súmula n. 83-STJ.

1. O fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se firma uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica.

2. “Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula n. 83-STJ).

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: *Cerâmica Expedicionário Ltda.* impetrou mandado de segurança com o fito de que o *Estado de Santa Catarina* deixe de considerar a demanda mínima contratada como base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica, porquanto tal imposto deva incidir tão-somente sobre a quantidade de energia efetivamente utilizada.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao manter a sentença que concedeu a ordem pleiteada, proferiu acórdão resumido na seguinte ementa:

Mandado de segurança. ICMS. Incidência sobre a demanda mínima contratada. Ordem concedida. Apelação cível e reexame necessário. Negativa de seguimento. Interposição de agravo. Razões recursais que não se prestam, todavia, a demonstrar a inaplicabilidade do artigo 557 do CPC à espécie. Sentença *a quo* em perfeita consonância com entendimento pretoriano majoritário. Improvimento que se impõe. (fl. 17).

O Estado, a seguir, interpôs recurso especial, fundado no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, no qual alega que o acórdão em testilha afrontou os arts. 2º, § 2º, e 13 da Lei Complementar n. 87/1996. Sustenta que a base de cálculo do ICMS é a demanda específica ao consumidor estabelecida em contrato celebrado, e não a quantidade de fato utilizada. Aduz também que a reserva de demanda constitui fato gerador da incidência do ICMS, haja vista que se caracteriza como fornecimento.

Negado seguimento ao recurso especial, a parte manejou agravo de instrumento. Todavia, tal agravo foi improvido em decisão monocrática assim ementada:

Administrativo e Processual Civil. Agravo de instrumento. Energia elétrica. ICMS. Demanda contratada. Fato gerador. Súmula n. 83-STJ.

1. O fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se firma uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica.

2. “Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula n. 83-STJ).

3. Agravo improvido (fl. 55).

No agravo regimental, o ora agravante presta esclarecimentos técnicos acerca da matéria e afirma que não há jurisprudência pacificada. Por derradeiro, assevera:

A matéria questionada nos presentes autos trata do valor do contrato de fornecimento de energia elétrica pela chamada “demanda contratada”, que prevê o pagamento da potência elétrica colocada à disposição do usuário, denominada tecnicamente de demanda contratada. À partir da datada de início do fornecimento da energia elétrica, esta demanda contratada é, obrigatoriamente, colocada à disposição do consumidor, que se compromete a pagá-la mensalmente, em preço proporcional à demanda.

A recorrida alega, por seu turno, que o ICMS só poderia incidir sobre o valor da outra parcela que integra suas faturas, que é a energia elétrica consumida durante o mês.

Ora, a base de cálculo do ICMS, segundo dita o artigo 13 da Lei Complementar n. 87/1996 é o valor da operação.

Não se podem distorcer os termos da legislação: valor da operação não se confunde com preço do consumo de energia elétrica.

Desse modo, legal é a inclusão da demanda de potência contratada na base de cálculo do ICMS (fl. 70).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Inicialmente, cumpre assinalar que a leitura do acórdão debelado é suficiente para se deduzir que não houve carga decisória acerca do art. 2º, § 2º, da Lei Complementar n. 87/1996, não sendo viável analisá-lo em recurso especial, conforme o disposto na Súmula n. 211 desta Corte, assim redigida: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”.

Passo a analisar a pretensa violação ao art. 13 da LC n. 87/1996.

Melhor sorte não assiste ao agravante, uma vez que o fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se firma uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica. Tal consectário é extraído da interpretação dos arts. 2º e 19 do Convênio n. 66/1988:

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a

utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas;

Art. 19 A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor.

Nesta senda, os precedentes coligidos:

Tributário. ICMS. Energia elétrica: demanda reservada. Fato gerador art. 116, II, do CTN).

1. A aquisição de energia elétrica para reserva, formalizada por contrato, não induz à transferência do bem adquirido, porque não se dá a tradição.

2. Somente com a saída do bem adquirido do estabelecimento produtor e o ingresso no estabelecimento adquirente é que ocorre o fato gerador do ICMS (art. 19 Convênio n. 66/1988) e art. 166, II, do CTN.

3. Recurso especial provido (REsp n. 343.952-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 17.6.2002);

Tributário. Recursos especiais interpostos por Companhia Vale do Rio Doce. CVRD e Espírito Santo Centrais Elétricas S/A. Escelsa. ICMS. Energia elétrica. Demanda reservada ou contratada. Aplicação ao fato gerador. Impossibilidade. Base de cálculo do ICMS. Valor correspondente à energia efetivamente utilizada. Precedentes. Art. 116 do CTN. Art. 19 do Convênio n. 66/1988. Concessionária de energia elétrica. Ilegitimidade passiva para figurar em causa em que se examina forma de cálculo de ICMS.

1. Tratam os autos de ação ordinária proposta pela *Companhia Vale do Rio Doce - CVRD* contra a *Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa*, sendo posteriormente admitido como assistente litisconsorcial o *Estado do Espírito Santo*. Discute-se a cobrança de ICMS sobre “demanda contratada”, consistente em potencial de energia elétrica colocada à disposição de grandes clientes pela concessionária de energia, mediante contrato. Em primeira instância o pedido da CVRD - para calcular o ICMS apenas sobre a energia efetivamente utilizada - foi julgado improcedente, interposta apelação, foi denegada pelo aresto recorrido, pelo que resultaram os recursos especiais em apreciação. O da CVRD buscando assentar a tese apresentada em primeiro grau. O da Excelsa S/A aduzindo a sua ilegitimidade passiva para o feito. Admitidos, ambos os recursos vieram a exame.

2. Concessionária de energia elétrica não é sujeito passivo de obrigação tributária e contribuinte no que se refere ao ICMS, uma vez que apenas repassa à Fazenda Pública o numerário obtido, razão pela qual não possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação cujo ponto controverso respeita à forma de apuração de ICMS decorrente de transmissão de energia.

3. Consoante o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contrada - apura-se o ICMS sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida.

4. Apenas com a transferência e a tradição da energia comercializada se tem como existente a obrigação tributária concernente ao ICMS (art. 116, II do CTN e art. 19 do Convênio n. 66/1988).

5 – O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

6 – O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

7 – A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

8. Recurso especial da *Escelsa S/A* conhecido e provido, para o efeito de reconhecer a sua ilegitimidade passiva para o feito. Recurso especial da *Companhia Vale do Rio Doce* conhecido e provido. (REsp n. 647.553-ES, Rel. Min. José Delgado, DJU de 23.5.2005).

Dessarte, verifica-se que o acórdão combatido perfilha-se a jurisprudência cristalizada nesta Corte de Justiça, o que atrai a incidência da Súmula n. 83-STJ: “Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 797.826-MT
(2005/0186252-5)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Agravante: Estado de Mato Grosso

Procurador: Rogério Luiz Gallo e outro(s)

Agravado: Vermelhinho Cópias e Serviços Ltda.

Advogado: Alexandre do Couto Souza

Interessado: Centrais Eletricas Matogrossente S/A - CEMAT

Advogado: Meire Rocha do Nascimento e outro(s)

EMENTA

Processo Civil e Tributário. ICMS. Energia elétrica. Legitimidade ativa. Consumidor final. Demanda reservada de potência. Fato gerador.

1. O sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume a condição de contribuinte de fato e de direito, figurando a concessionária como mera responsável pelo recolhimento do tributo. (Precedentes: REsp n. 838.542-MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25.8.2006; EREsp n. 279.491-SP, 1ª Seção, Rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 8.5.2006).

2. É cediço em sede doutrinária que, *verbis*:

Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque.

É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser “estocado”, para ulterior revenda aos interessados.

Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica. Estas fases anteriores,

entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

(...)

A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de "responsável" pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: contribuinte de direito (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e contribuinte de fato (porque suporta a carga econômica do tributo). (Roque Antonio Carrazza *in* ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 213-215).

3. A regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. 155, § 2º, X, **b**. Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público.

4. Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT. Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva utilização da energia elétrica, não

sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora. (Precedentes: *REsp* n. 840.285-MT, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 16.10.2006; *AgRg* no *REsp* n. 855.929-SC, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16.10.2006; *REsp* n. 343.952-MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17.6.2002).

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, 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 Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 3 de maio de 2007 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 21.6.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de agravo regimental interposto pela Fazenda Pública do Estado de Mato Grosso contra decisão de minha lavra, cuja ementa restou vazada nos seguintes termos:

Processo Civil e Tributário. ICMS. Energia elétrica. Legitimidade ativa. Consumidor final. Demanda reservada de potência. Fato gerador.

1. O sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume a condição de contribuinte de fato e de direito, figurando a concessionária como mera responsável pelo recolhimento do tributo. (Precedentes: *REsp* n. 838.542- MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25.8.2006; *EREsp* n. 279.491-SP, 1ª Seção, Rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 8.5.2006).

2. É cediço em sede doutrinária que, *verbis*:

Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque.

É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser “estocado”, para ulterior revenda aos interessados.

Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

(...)

A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de “responsável” pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: contribuinte de direito (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e contribuinte de fato (porque suporta a carga econômica do tributo). (Roque Antonio Carrazza *in* ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 213-215).

3. A regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. 155, § 2º, X, **b**. Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público.

4. Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT. Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva utilização da energia elétrica, não sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora. (Precedentes: *REsp n. 840.285-MT*, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 16.10.2006; *AgRg no REsp n. 855.929-SC*, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16.10.2006; *REsp n. 343.952-MG*, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17.6.2002).

5. Recurso especial a que se nega seguimento (CPC, art. 557, *caput*).

Sustentou a embargante que, ao negar a condição de contribuinte de direito à distribuidora de energia elétrica, o *decisum* ofendera diretamente o art. 4º da LC n. 87/1996, posto que o contribuinte de direito é aquele que realiza, com habitualidade e com intuito comercial, a operação tributada, sendo essa o sujeito passivo da relação obrigacional.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): A decisão agravada ostenta o seguinte teor:

Trata-se de recurso especial interposto pelo *Estado do Mato Grosso*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Maior, em face do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, sob a alegação de ofensa ao art. 1º, da Lei n. 10.438/2002, bem como de existência de dissídio jurisprudencial no tocante à ilegitimidade ativa *ad causam*.

Noticiam os autos que *Vermelhinho Cópias e Serviços Ltda.* impetrou mandado de segurança contra o Secretário de Fazenda do Estado e o Presidente da Cemat, objetivando, em sede de liminar, a abstenção da autoridade coatora da cobrança de ICMS incidente sobre a demanda reservada de potência, e, ao final,

o afastamento de quaisquer sanções fiscais pelo não-recolhimento dos valores exigidos a título da exação, bem como a restituição dos valores indevidamente recolhidos, com correção monetária.

A Primeira Câmara Cíveis Reunidas concedeu parcialmente a segurança, para confirmar a liminar concedida e declarar a ilegalidade da cobrança do ICMS sobre a demanda reservada de potência efetivamente não consumida pela impetrante, em aresto que restou assim ementado:

Mandado de segurança. ICMS. Energia elétrica. Demanda reservada. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Preliminar rejeitada. Efetivo pagamento do imposto. Alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*. Concessionária. Preliminar rejeitada. Cobrança do imposto sobre a totalidade de energia disponibilizada. Impossibilidade. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça. Incidência sobre o consumo efetivo. Compensação. Impossibilidade. Hipótese de restituição do indébito. Segurança parcialmente concedida.

O consumidor de fato que está obrigado ao pagamento do ICMS incidente sobre o seu consumo efetivo, tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança.

A concessionária de energia elétrica possui legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual uma vez que, caso concedida a ordem, terá sua esfera jurídica atingida na decisão.

O ICMS só deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, não constituindo hipótese de incidência o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência. O ressarcimento dos valores indevidamente pagos ao Fisco Estadual deverá ser pleiteado pela via ordinária própria.

Irresignado com o teor do *decisum*, o Estado interpôs o presente recurso especial, sustentando, em síntese:

a) a ilegitimidade ativa da empresa recorrida, uma vez que a empresa concessionária de distribuição de energia elétrica - Cemat estaria no pólo passivo da obrigação tributária, razão pela qual impunha-se a extinção do processo, com arrimo no art. 267, VI, do CPC;

b) "não se tem dúvida quanto ao desacerto do fundamento invocado no acórdão recorrido, que encampou a tese de que a demanda reservada de potência não é fato gerador do ICMS, e que o contrato de fornecimento de energia não caracteriza circulação de mercadoria. O equívoco desse argumento reside no fato de que a questão da reserva de demanda de potência não se encerra na simples invocação do contrato, que, como negócio jurídico, não autoriza a se falar em circulação de mercadoria. Ocorre que, no caso da energia elétrica, o fato gerador do ICMS está na operação e não na circulação física do produto ou mercadoria, incidindo o imposto sobre a produção, extração, geração, transmissão, transporte,

distribuição, fornecimento *ou qualquer outra forma de intervenção onerosa.*" (...) "De conseguinte, a hipótese de incidência nos contratos de fornecimento de energia elétrica com demanda reservada, é a operação, e o valor dessa operação é o da energia disponibilizada na subestação (transformador) do consumidor (contribuinte de fato), visto que o fornecimento e a reserva estão entrelaçados numa única operação, relativa ao fornecimento de energia elétrica. Não se trata de simples contrato de fornecimento, e sim de fornecimento (operação) sustentado pelo compromisso de disponibilizar a quantidade mínima de energia elétrica, com a contrapartida do consumidor de utilizar um consumo mínimo.

O ora recorrido apresentou suas contra-razões ao apelo nobre, que, em exame prévio de admissibilidade, recebeu crivo positivo.

É o relatório.

Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do recurso especial, porquanto prequestionada a questão federal suscitada, bem como demonstrado o dissídio jurisprudencial.

No tocante à insurgência acerca da legitimidade ativa *ad causam* para postular, no âmbito de mandado de segurança, a não incidência de ICMS sobre o valor pago a título de "demanda reservada de potência", prevista nos contratos de fornecimento de energia elétrica, razão não assiste ao recorrente. Isto porque o sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume a condição de contribuinte de fato e de direito, figurando a concessionária como mera responsável pelo recolhimento do tributo.

Roque Antonio Carrazza, dissertando sobre o ICMS e as operações relativas à energia elétrica, assim expôs, *verbis*:

Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque.

É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser "estocado", para ulterior revenda aos interessados.

Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-

la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

(...)

A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de "responsável" pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: contribuinte de direito (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e contribuinte de fato (porque suporta a carga econômica do tributo). (*in* ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 213-215).

Corroborando esse entendimento, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior:

Tributário. ICMS. Energia elétrica. Demanda contratada de potência. Fato gerador. Legitimidade ativa e passiva.

1. O consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e de fato. A distribuidora de energia elétrica não é contribuinte do imposto ICMS, mas mera responsável pela retenção, pois limita-se a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Ilegitimidade de parte das empresas recorrentes afastada.

2. A Fazenda Estadual é parte legítima para constar do pólo passivo de ação de segurança que objetiva extirpar a cobrança do ICMS. "Somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos de eventual condenação, porque é ele o único titular das pretensões contra as quais se insurgem os recorrentes. A distribuidora não teria como, por decisão sua, atender ao pedido de exclusão do montante relativo à operação de demanda

contratada da base imponible do ICMS, já que se trata de exigência imposta pela Fazenda" (Voto-vista proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki nos autos do REsp n. 647.553-ES, da relatoria do Min. José Delgado, DJ de 23.5.2005).

3. O fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica, sem a sua efetiva utilização. Precedentes.

4. Recurso especial improvido. (REsp n. 838.542-MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25.8.2006).

Tributário e Processual Civil. Embargos de divergência. ICMS. Fornecimento de energia elétrica. Cobrança indevida. Ação de repetição de indébito. Ilegitimidade ativa do Idec.

1. A lei e a jurisprudência evoluíram no sentido de proclamar a legitimidade do consumidor para impugnar a cobrança do ICMS, no regime de substituição tributária.

2. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, pessoa jurídica de direito privado, além de não ser o consumidor final, não é entidade de classe ou sindicato, carecendo de legitimidade para propor, em nome da coletividade que não representa, ação de repetição de indébito tributário, haja vista o art. 166 do CTN.

3. Correto, portanto, o acórdão embargado em não conhecer do recurso especial cujos fundamentos, por suas características, não se paralelizam nem podem ser confrontados com o paradigma indicado.

4. Embargos de divergência improvidos. (REsp n. 279.491-SP, 1ª Seção, Rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 8.5.2006).

No que pertine ao cerne do atual recurso, qual seja, a afirmação de que a hipótese de incidência, nos contratos de fornecimento de energia elétrica com demanda reservada, é a operação, e o valor dessa operação é o da energia *disponibilizada* na unidade de consumo do consumidor, visto que o fornecimento e a reserva estão entrelaçados numa única operação relativa ao fornecimento de energia elétrica, melhor sorte não socorre ao recorrente.

É de sabença que a regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. 155, § 2º, X, **b**. Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação

das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público.

Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT.

Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva utilização da energia elétrica, não sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se firmado neste sentido, consoante se colhe dos seguintes precedentes:

Processo Civil e Tributário. Recurso especial. ICMS. Energia elétrica. Demanda reservada ou contratada. Aplicação ao fato gerador. Impossibilidade. Base de cálculo do ICMS. Valor correspondente à energia efetivamente utilizada. Precedentes.

(*omissis*)

3. Consoante o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite, para efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada - apura-se o ICMS sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida. Precedentes: REsp n. 647.553-ES, Rel. Min. José Delgado, DJ 23.5.2005; REsp n. 343.952-MG, DJ 17.6.2002, Rel. Min. Eliana Calmon; REsp n. 222.810-MG, DJ 15.5.2000, Rel. Min. Milton Luiz Pereira.

4. O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

5. O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

6. A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

7. Recurso especial do Estado de Mato Grosso parcialmente conhecido e não- provido. (REsp n. 840.285-MT, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 16.10.2006).

Processual Civil e Tributário. Violação do art. 535, inc. II, CPC. Ausência de demonstração. Incidência da Súmula n. 284-STF. ICMS. Critério de demanda reservada ou contratada. Tributo que somente incide sobre o valor correspondente à energia elétrica efetivamente consumida.

I - Quedou-se o recorrente-agravante em afirmar, genericamente, ter a Corte ordinária deixado de se pronunciar sobre dispositivos legais, sem demonstrar por que esta análise seria imprescindível à solução da controvérsia, de modo a viabilizar, ao menos em tese, outro resultado ao julgamento. Assim sendo, evidente incidir a Súmula n. 284-STF, a inviabilizar o especial, no particular.

II - Segundo a iterativa jurisprudência desta Corte Superior, “o fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica, sem a sua efetiva utilização” (REsp n. 825.350-MT, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 26.5.2006, p. 250).

III - Outro precedente citado: REsp n. 806.281-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11.5.2006, p. 171.

IV - Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 855.929-SC, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16.10.2006).

Tributário. ICMS. Energia elétrica: demanda reservada. Fato gerador art. 116, II, do CTN).

1. A aquisição de energia elétrica para reserva, formalizada por contrato, não induz à transferência do bem adquirido, porque não se dá a tradição.

2. Somente com a saída do bem adquirido do estabelecimento produtor e o ingresso no estabelecimento adquirente é que ocorre o fato gerador do ICMS (art. 19 Convênio n. 66/88) e art. 166, II, do CTN.

3. Recurso especial provido. (REsp n. 343.952-MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17.6.2002)

Ex positis, **nego sequimento** ao recurso especial, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC.

Destarte a agravante não trouxe qualquer argumento capaz de infirmar a decisão que pretendia ver reformada, razão pela qual esta há de manter-se pelos próprios fundamentos.

Ademais, confira-se, à guisa de exemplo, o seguinte precedente:

Processual Civil. Recurso especial. Súmula n. 7-STJ. Art. 535 do CPC. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. ICMS. Demanda contratada de energia

elétrica. Legitimidade do consumidor final para figurar no pólo ativo de demandas visando ao reconhecimento do caráter indevido da tributação. Não-incidência. Precedentes.

1. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula n. 7 desta Corte.

2. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. Precedentes: EDcl no AgRg no EREsp n. 254.949-SP, Terceira Seção, Min. Gilson Dipp, DJ de 8.6.2005; EDcl no MS n. 9.213-DF, Primeira Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.2.2005; EDcl no AgRg no CC n. 26.808-RJ, Segunda Seção, Min. Castro Filho, DJ de 10.6.2002.

3. O consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato, e portanto, parte legítima para demandar visando à inexigibilidade do ICMS sobre os valores relativos à demanda contratada de energia elétrica.

4. Segundo orientação traçada em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção, não incide o ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (REsp n. 809.753-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 24.4.2006).

Extrai-se o seguinte excerto do voto condutor do supracitado aresto:

(...)

4. Divirjo, no entanto, no que diz respeito à legitimidade passiva da *Escelsa*. Sacha Calmon Navarro Coelho, referindo-se à hipótese de retenção na fonte, distingue a responsabilidade tributária (em que o responsável é sempre partícipe de uma relação jurídica de débito) da obrigação de reter e repassar tributo (cujo sujeito não é, em princípio, partícipe de uma relação tributária de débito, mas mero agente de arrecadação, por ter à sua disposição o dinheiro de terceiros, em razão de circunstâncias extratributárias), nos seguintes termos:

Quanto aos “retentores de tributo” (retenção na fonte), estes são pessoas obrigadas pelo Estado a um ato material de fazer (fazer a retenção do imposto devido por terceiro). Devem, assim, reter e recolher ao Estado o tributo devido. Não são sujeitos passivos de incidência tributária, mas antes sujeitados a uma potestade administrativa. Podem, entretanto, se a lei de cada tributo assim dispuser, ficar “responsáveis” pelo tributo não-recolhido. Neste caso, formarão uma espécie diferenciada de “responsáveis” por dívida tributária alheia. O fator de sub-rogação será o inadimplemento do dever de reter. (Curso de Direito Tributário Brasileiro, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 727).

Discorrendo especificamente sobre a sistemática de imposição do ICMS incidente nas operações de consumo de energia elétrica, sustenta, a seu turno, Roque Antonio Carrazza, não deter a empresa distribuidora a condição de contribuinte do imposto, mas sim de mera responsável pelo seu recolhimento, que faz em nome e por conta do consumidor final:

(...) Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não pode ser equiparada a um comerciante atacadista, que revende a mercadoria de seu estoque para varejista ou, mesmo, para consumidor final.

De fato, a energia elétrica não é um bem susceptível de ser “estocado” pela empresa distribuidora, para ulterior revenda, quando surjam possíveis interessados em adquiri-la.

Na verdade, só há falar em operação jurídica relativa à circulação de energia elétrica no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

(...)

Logo, o tributo levará em conta todas as fases anteriores (produção, circulação, distribuição) que tornaram possível o consumo da energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia suficiente para ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por sujeito passivo o consumidor final de energia elétrica.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

(...)

Com isto não estamos absolutamente sustentando que a distribuição de energia elétrica é intributável por meio de ICMS. Isto, diga-se de passagem,

contraria a própria Carta Magna. Estamos simplesmente enfatizando que tal tributação, em face das peculiaridades que cercam a circulação de energia elétrica, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica é consumida.

A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de “responsável” pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: contribuinte de direito (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e contribuinte de fato (porque suporta a carga econômica do tributo).

Reforçando argumentos já exibidos, a distribuidora “adianta” o ICMS devido - agora sim - pelo verdadeiro sujeito passivo: o consumidor final. É, em linguagem mais técnica, responsável tributária, na exata acepção do art. 121, parágrafo único, II, do CTN. (ICMS, 9ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2002, pp. 197-199).

Sobressai das lições transcritas que, seja qual for o *nomen juris* que se dê àquele que arrecada e entrega ao Fisco, seguindo instruções deste, no mais das vezes sob pena de responsabilidade pessoal, tributo cujo ônus é suportado por terceiro, certa é a sua absoluta neutralidade ou indiferença frente à exigência tributária. Por conta dessa indiferença, traduzida na inexistência de qualquer alteração no patrimônio do “retentor” como consequência do recolhimento do tributo, é que se lhe recusa, por exemplo, legitimidade para buscar a repetição de valores indevidamente pagos (EREsp n. 417.459-SP, 1ª Seção, Min. Franciulli Netto, DJ de 11.10.2004). E, por essa mesma razão, deve ser reconhecida a impossibilidade de que se lhe dirijam impugnações relativas à cobrança do tributo (no caso, questionamento sobre a base de incidência), bem como o correlato pedido de restituição do indébito.

Sendo assim, no caso concreto, somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos de eventual condenação, porque é ele o único titular das pretensões contra as quais se insurge a autora. Com efeito, a distribuidora não teria como, por decisão sua, atender ao pedido de exclusão do montante relativo à operação de demanda contratada da base impositiva do ICMS, já que se trata de exigência imposta não por ela, mas sim pela Fazenda. Da mesma forma, não poderia - e nem haveria como exigir que o fizesse - restituir ao consumidor final da energia elétrica os valores recebidos a esse título e que foram imediatamente repassados ao Estado.

Evidencia-se, assim, a ilegitimidade da distribuidora para figurar no pólo passivo da demanda. Entre os pedidos formulados na inicial, apenas o referente à exclusão das faturas de energia elétrica do montante relativo ao ICMS alegadamente indevido acarreta uma atuação da empresa, a qual, no entanto, é

apenas efeito material reflexo da sentença de procedência, sem repercussão em direito seu, ao qual, por conseguinte, não tem ela interesse em oferece qualquer resistência.

Ex positis, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 855.929-SC
(2006/0130487-1)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Estado de Santa Catarina

Procurador: Loreno Weissheimer e outros

Agravado: Condomínio Comercial Atlântico Shopping Center

Representado por: Ancelmo Manoel dos Santos Filho - síndico

Advogado: Izaias Joaquim Gonzaga e outros

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Violação do art. 535, inc. II, CPC. Ausência de demonstração. Incidência da Súmula n. 284-STF. ICMS. Critério de demanda reservada ou contratada. Tributo que somente incide sobre o valor correspondente à energia elétrica efetivamente consumida.

I - Quedou-se o recorrente-agravante em afirmar, genericamente, ter a Corte ordinária deixado de se pronunciar sobre dispositivos legais, sem demonstrar por que esta análise seria imprescindível à solução da controvérsia, de modo a viabilizar, ao menos em tese, outro resultado ao julgamento. Assim sendo, evidente incidir a Súmula n. 284-STF, a inviabilizar o especial, no particular.

II - Segundo a iterativa jurisprudência desta Corte Superior, “o fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do

estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica, sem a sua efetiva utilização” (REsp n. 825.350-MT, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 26.5.2006, p. 250).

III - Outro precedente citado: REsp n. 806.281-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11.5.2006, p. 171.

IV - Agravo regimental desprovido.

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), 19 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 16.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Estado de Santa Catarina, visando seja reformada decisão de minha autoria, denegatória de seguimento do recurso especial que apresentou, em razão da incidência da Súmula n. 83-STJ, na espécie.

Afirma o agravante que “ciente de que a análise dos arts. 2º, § 2º, e 13, da LC n. 87/1996 seria imprescindível para o justo deslinde da *quaestio* é que invocou, por intermédio de Embargos de Declaração, folhas 276-280, o referido Tribunal com a finalidade de sanar a referida omissão”.

Ainda, reforça a tese já expendida de que, *in casu*, não se trata de fato gerador do ICMS mas de forma de cálculo de tarifa, “ou seja, da forma de estabelecer o preço da mercadoria (energia elétrica) efetivamente consumida pela agravada”.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Nada obstante tenha o recorrente, em suas razões de agravo, demonstrado em que consistiria a alegada violação do art. 535, inc. II, do Código de Processo Civil, tal deveria ter sido feito na sede do recurso especial, motivo por que há de ser mantida a decisão agravada, quanto à asserção de que “quedou-se o recorrente em afirmar, genericamente, ter a Corte ordinária deixado de se pronunciar sobre dispositivos legais, sem demonstrar porque esta análise seria imprescindível à solução da controvérsia, de modo a viabilizar, ao menos em tese, outro resultado ao julgamento”.

Assim sendo, evidente incidir a Súmula n. 284-STF, a inviabilizar o especial, no particular.

Ainda, conforme relevei, segundo a iterativa jurisprudência desta Corte Superior, “o fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica, sem a sua efetiva utilização”. (REsp n. 825.350-MT, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 26.5.2006, p. 250).

Na esteira desta compreensão, destaco ainda a ementa deste julgado, dentre outros:

Processual Civil. Tributário. ICMS. Demanda contratada de energia elétrica. Não-incidência. Precedente 1ª Turma. Carência de ação. Ausência de indicação do dispositivo legal tido por violado.

1. A ausência de indicação dos dispositivos tidos por violados não autoriza o conhecimento do recurso especial pela alínea **a** do permissivo constitucional (Súmula n. 284-STF).

2. Não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada (o ICMS aplicado sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo), uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida. Precedente: REsp n. 647.553-ES, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 23.5.2005.

3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 806.281-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11.5.2006, p. 171).

Aplicação da Súmula n. 83-STJ.

Estas as razões, mantendo a decisão agravada por seus próprios fundamentos, *nego provimento* ao regimental. É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 222.810-MG (99.0061890-4)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Relator para o acórdão: Ministro José Delgado

Recorrente(s): Semarco Mineração S/A

Advogado(s): Luciana Goulart Ferreira e outros

Recorrido(s): Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais

Advogado(s): Ronald Magalhães de Sousa e outros

EMENTA

Tributário. ICMS. Energia elétrica. Contrato de demanda reservada de potência. Fato gerador. Incidência.

1 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

2 - O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

3 - O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos.

4 - Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.

5 - A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

6 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

7 - Recurso conhecido e provido por maioria.

8 - Voto vencido no sentido de que o ICMS deve incidir sobre o valor do contrato firmado que garantiu a “demanda reservada de potência”, sem ser considerado o total consumido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, preliminarmente, conhecer do recurso, vencido em parte o Exmo. Sr. Ministro Relator. No mérito, também por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Relator, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro José Delgado, que lavrará o acórdão. Votaram de acordo com o Exmo. Sr. Ministro José Delgado os Exmos. Srs. Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 14 de março de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator p/ acórdão

DJ 15.5.2000

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por maioria de votos, deu provimento à Apelação Cível, assim decidindo:

A cobrança de tributo sem o correspondente fato gerador é ilegal, gerando mesmo enriquecimento sem causa por parte de quem cobra, o que, sem dúvida, é vedado pelo bom senso, pelo Direito.

Esses os motivos sintéticos, mas lógicos, pelos quais entendo que não deve haver a cobrança de ICMS sobre a “demanda reservada de potência”, que obrigatoriedade não é utilizada pela apelante, mas, sim, pela energia efetivamente utilizada e mensurável, concedendo, ainda, o direito de compensação de créditos oriundos da cobrança indevida, a fim de se impedir o locupletamento ilícito, sem causa, por parte da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, invertidas as custas e sucumbência (fls. 552-553).

Os Embargos Infringentes opostos pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais foram acolhidos nos seguintes nestes termos:

(...) O ICMS deve ter por base a quantia efetivamente paga, a título de consumo, independentemente do consumo efetivo. (fls. 602-603).

Os Embargos de Declaração interpostos pelo contribuinte foram rejeitados.

Contra o v. aresto, a parte interessada interpôs Recurso Especial fundado no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, alegando contrariedade aos artigos 458, II e 535, II do Código de Processo Civil, 2º, VI e 19 do Convênio n. 66/88 e 116 do Código Tributário Nacional.

As préδικas recursais estão assentadas nos termos seguintes:

(...) impende reconhecer que, negando-se o Acórdão recorrido a dar provimento aos Embargos opostos pela ora Recorrente e declarar a decisão anterior para suprir a omissão constante de seus fundamentos, ocorreu clara contrariedade aos arts. 458, II e 535, II, ambos do CPC (...)

omissis

A contrariedade ao art. 458, II é manifesta quando se tem em vista que o Acórdão ficou-se omissivo em relação a pontos de suma relevância para a defesa do ponto de vista da ora Recorrente. Ora, o contraditório do processo judicial exige que os argumentos centrais deduzidos pelas partes sejam examinados pelos órgãos julgadores monocráticos e colegiados.

omissis

(...) O v. acórdão recorrido não analisou as alegações de ofensa às normas do art. 155, II, da CF/1988, bem como às normas dos arts. 2º, VI e 19 do Convênio n. 66/88, motivo pelo qual foram opostos embargos declaratórios com o fim específico de prequestioná-las, (...)

omissis

(...) O Convênio n. 66/88 atuou no sistema jurídico tributário nacional com uma lei complementar (art. 34, § 8º do ADCT), devendo, portanto, ser a ela equiparado para efeito de Recurso Especial, (...)

omissis

A lide se estabeleceu em virtude da Fazenda Estadual entender devida a incidência do ICMS sobre a parcela de energia a que se denomina “demanda reservada”, por entender que, apesar de não corresponder a uma efetiva circulação de energia, constitui uma condição contratual, compondo, portanto, a operação jurídica tributada.

Ocorre, todavia, que a cobrança de ICMS sobre a “demanda reservada” implica a exigência de tributo sem que haja ocorrido o fato gerador do mesmo - a efetiva entrega da energia elétrica ao consumidor.

omissis

(...) é totalmente equivocado o uso que fez o Acórdão recorrido do art. 116, II do CTN, devendo-se no presente Recurso Especial corrigir-se tal distorção operada quanto ao direito federal. Com efeito, a correta aplicação do direito no caso em tela deve contemplar as normas jurídicas que traçam os aspectos material e temporal da exação em comento: o art. 155, § 3º da CF/1988, os arts. 1º, 2º e 19 do Convênio n. 66/88 (expedido em conformidade com o art. 34, § 8º do ADCT da CF/1988), e ainda as normas complementares encontráveis na Portaria n. 222 do DNAEE. Tais normas, tendo definido com total especificidade o momento em que se reputa ocorrido o fato gerador nas operações de fornecimento de energia elétrica, impedem que o art. 116 do CTN tenha a dimensão que lhe deu o Acórdão recorrido.

Requer:

(...) que este Egrégio Tribunal conheça e dê provimento ao presente Recurso Especial no sentido de reconhecer o direito da Recorrente de ver analisadas, pelo Tribunal *a quo*, as alegações de ofensa aos arts. 155, II, da CF/1988, bem como os arts. 2º e 19 do Convênio n. 66/88, anulando-se, por conseguinte, o Acórdão recorrido, haja vista que o mesmo infirmou os arts. 458, II e 535, II do Código de Processo Civil, (...)

omissis

Uma vez não atendido o pedido acima, caso V. Ex^{as}. entendam que os dispositivos legais suscitados pela Recorrente em suas razões de Apelação e posteriormente mencionados nos embargos de declaração foram objeto de análise implícita (prequestionamento implícito) pelo Tribunal *a quo*, ou ainda que a interposição de embargos declaratórios pela Recorrente supriu a nulidade (omissão) do Acórdão recorrido - aplicando-se o princípio da economia processual e a regra do art. 249, § 2º do CPC, requer-se seja o presente Recurso Especial conhecido e provido, para a reforma íntegra do v. acórdão recorrido, declarando-se indevida a cobrança do ICMS pelo Estado de Minas Gerais sobre os valores pagos pela Recorrente à Cemig a título de “demanda reservada de potência”, uma vez não verificado seu fato gerador, nos termos do art. 2º e 19 do Convênio n. 66/88, dispositivos estes infirmados pelo Acórdão recorrido, o mesmo tendo ocorrido quanto ao art. 116, II do Código Tributário Nacional,

aplicado apressada e equivocadamente pelo Acórdão recorrido, autorizando-se por conseguinte a compensação das quantias já recolhidas pela Recorrente com futuros pagamentos do mesmo imposto. (fls. 654-678).

As contra-razões foram apresentadas às fls. 714-722.

Ao admitir o seguimento do Recurso Especial, o nobre 1º Vice-Presidente do Tribunal *a quo* finalizou:

(...) No que respeita aos dispositivos que se referem ao objeto da demanda, tenho como inadmissível a irresignação, tendo em vista que o STJ já firmou entendimento no sentido de exigir o prequestionamento explícito dos temas controvertidos.

Subsiste, todavia, a alegação de negativa da prestação jurisdicional, capaz de abrir o acesso à via excepcional. Nesse ponto, penso que o inconformismo, magnificamente manifestado e apoiado em autorizadas lições doutrinárias e jurisprudenciais, reclamam o prudente exame da instância superior, competente para definir, com sua autoridade exclusiva, se houve ou não a alegada ofensa ao texto federal. (fls. 735-736).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Presa a atenção às anunciações delineadas no relatório, comemora-se que, decorrente de ação com pretendida tutela antecipatória, provendo a apelação, no julgamento dos Embargos Infringentes foi constituído o vergastado v. Acórdão restabelecendo a r. sentença de primeiro grau, em suma assentando:

(...) O ICMS deve ter por base a quantia efetivamente paga, a título de consumo, independentemente do consumo efetivo. (fls. 602 e 603).

Rejeitados os embargos declaratórios, na via Especial foram articuladas as razões do inconformismo procurando demonstrar que o julgado contrariou os artigos 458, I, II, III, e 535, I e II, CPC e, ainda, aos artigos 2º VI, e 19, do Convênio n. 66/88 e, finalmente, ao artigo 116, II, CTN.

Definido o *facies*, no primeiro lanço do recurso, algemado à ocorrência de contrariedade aos enunciados padrões insculpidos no CPC, impõe-se o conhecimento (art. 105, III, a, C.F.).

Nessa lida, ganha significativo espaço registrar o pedido formulado nos Embargos de Declaração, notadamente visando o exame:

quanto ao art. 155, II, da CF/1988, ao art. 116, II, do CTN (quanto aos argumentos deduzidos na Apelação pela ora Embargante e não examinados pelo Acórdão) e aos arts. 2º, VI e 19 do Convênio ICMS n. 66/88. (fl. 619).

Ora, pelo itinerário dos acontecimentos processuais, primeiramente, à consideração dos fundamentos da sentença (que versou a legislação aplicável - fl. 481 a 490) e das razões irresignatórias contra ela lançadas, anota-se que o v. Acórdão provendo a apelação ofereceu solução compatível à composição do litígio (fls. 546, 549 a 557). Os Embargos Infringentes não fugiram dos mesmos limites objetivos; é dizer: os fundamentos de fato e de direito examinados continuaram na alcatifa da proposição inicial, contra-razões e da sentença.

Logo, mantido o mesmo circunlóquio, salvo à hipótese de inovação inadmissível, os embargos de declaratórios só poderiam visar o mesmo conteúdo como fonte para o suprimento de acenadas lacunas.

Nessa planura, apenas argumentando, ainda que sem procedência o aresto apropriado aos embargos declaratórios (fls. 636 a 640), inafastável a conclusão de que, mal ou bem, bem ou mal, mas suficientemente claro na sua motivação, o aresto resolveu a demanda, concretizando a prestação jurisdicional.

Demais disso, desenvolvida argumentação bastante para a composição judicial, despicienda mostra-se a exaustão de todas as razões voltadas ao mesmo fim. Igualmente, não há obrigação do exame, um a um, dos padrões legais mencionados, bastando a averiguação nuclear da questão jurídica debatida. *Máxime*, no caso, quando os julgados de cassação trouxeram à tona os fundamentos da sentença que, o necessário, abordaram a legislação de regência.

Outrossim, é sabido que a finalidade da jurisdição é compor a lide e não a discussão exaustiva em torno de todos os temas e padrões legais tratados no contraditório. Pois incumbe ao julgador estabelecer as normas jurídicas que incidem sobre os fatos arvorados no caso concreto, atividade excluída da vontade das partes litigantes.

Sob a réstia dessas razões, por uma ou por todas, não proceda a sugerida contrariedade ou negativa de vigência aos artigos 458, I, II e III, e 535, I e II, CPC.

Na sequência da ordem referenciada na manifestação recursal, quanto às prédicas afiveladas ao merecimento da questão tributária – “direito de

não recolher o *ICMS* sobre a ‘demanda reservada’ de energia elétrica” -, tem significância abordar que a fundamentação prevalecente, com nascedouro na motivação básica de *natureza contratual*, bem destacada na r. sentença, cujos fundamentos, a final, vitoriaram-se; confira-se:

No caso dos autos, temos que existe *um contrato de compra e venda de energia elétrica*, entre a autora e a Cemig, contrato esse não sujeito a qualquer condição suspensiva ou resolutiva.

A empresa autora paga pela demanda de energia elétrica, mesmo que não venha a se utilizar de toda a quantidade contratada.

A Cemig põe à disposição da autora uma determinada quantidade de energia, que, por certo, não pode ser repassada a terceiros, pois poderá ser utilizada a qualquer momento.

Isso significa que a mercadoria energia elétrica foi efetivamente comprada pela autora, aperfeiçoado o contrato de compra-e-venda entre as partes, não podendo mais a Cemig dispor dessa energia.

Essa é a operação de circulação de mercadoria, pois há a transferência de titularidade do bem, mesmo que não haja, quanto a uma quantidade de energia, uma circulação física, ou deslocamento no espaço. (fls. 487 - *in fine* - e 488 - grifei).

Essa vertente, como encaminhamento lustral do convencimento, foi acolhida pelo voto vencedor nos Embargos Infringentes, com a transcrição feita pelo eminente Desembargador Campos de Oliveira (fls. 603 e 604).

Agrega-se que, na constituição do v. Acórdão embargado, proferindo o voto divergente inspirador dos Embargos Infringentes, o eminente Desembargador Hugo Bengtsson, sem desprezar a vinculação contratual e as razões da sentença, também fez resplandecer circunstâncias de natureza fática, lembrando afirmação anterior:

É inquestionável que o *ICMS* incide sobre a venda de energia elétrica, sendo a base de cálculo do tributo o preço total do fornecimento, pago pelo consumidor.

O preço faturado e pago, na hipótese vertente, é fixado exclusivamente pela concessionária do setor energético, que certamente, para tanto, leva em consideração, dentre outros fatores, a demanda colocada à disposição do consumidor, além do efetivo consumo de energia em determinado período.

Não vejo, em razão disso, maior interesse na discussão acerca da natureza da demanda, se deve ou não ser tipificada como mercadoria ou serviço, ou, ainda, como aluguel de potência. É que, qualquer que seja a conclusão, um fato emerge certo e indubitoso: o preço faturado, e pago pelo consumidor, traz em

sua composição também os custos e despesas levados a efeito para colocação da demanda à disposição do interessado, da ora apelante no caso concreto, o quanto basta para legitimar a incidência do tributo na espécie. (fls. 554 a 555).

Como necessária presilha à importância do *contrato* na solução da questão sob exame, quando do julgamento da Apelação Cível, o eminente Relator do aresto visado nos Embargos Infringentes, apontou:

(...) o *contrato* entre Cemig e Somarco existe somente para garantir uma demanda de energia elétrica, em face das grandes necessidades desta empresa, entretanto, esse contrato não altera a situação fática, mensurável,

da quantidade de energia elétrica efetivamente gasta, sobre a qual se deve tributar o ICMS, sendo mesmo injusto, imotivado, cobrar da apelante pelo que ela efetivamente não gastou, mas, se precisasse, teria à sua disposição através da Cemig. (fl. 552 - destaquei).

Desse modo, põe-se à fivela que, à falar da “demanda reservada de potência”, estadeada na compra e venda ajustada, o fato decorre de obrigações contratuais, com efeitos na situação obrigacional de pagar, ou não, *ICMS*. Se o contrato, por si, caracteriza a “circulação de mercadoria”, configurando o fato gerador do *ICMS*, *in casu*, inegável que a solução não se divorcia da natureza do negócio jurídico contratado, inclusive com repercussões na composição dos custos e despesas com a disposição de energia elétrica àquela “demanda”. Afinal, se o *ICMS*, na espécie, não tem como fato gerador a celebração do contrato e sim a circulação (consumo real da energia elétrica) a questão não escapa da premissa: importância do contrato.

Não se nega que os julgados, no sítio das fundamentações comentaram padrões legais e Convênio. Todavia, aguilhoetados às decorrentes conseqüências do multicitado contrato e às circunstâncias factuais decorrentes.

Nessa esteira, até aqui, pontua-se: seja conseqüente às verificações aprisionadas ao predito contrato ou necessário exame dos aspectos fáticos, óbices sumulares impedem o conhecimento (Verbetes n. 5 e n. 7-STJ).

Não bastante, desde a inicial, é notório o destaque constitucional da pretensão (art. 155, II, § 3º, art. 34, § 8º, ADCT). Tanto assim que, enfaticamente, a Recorrente queixou-se da falta de análise àquelas disposições constitucionais e, para concretizar o prequestionamento, nos Embargos de Declaração pediu exame específico (fl. 619). Não é sem razão que, na postulação

do Recurso Extraordinário, conquanto inflexionando observações sobre a legislação ordinária, a viga mestra foi sustentada na Corte Maior.

Viandante, avultando a solução na ordem constitucional, sem vigia nos limites da via Especial, para a composição do litígio cativo à incidência questionada, o recurso não merece conhecimento.

Fluente o convencimento das razões desenvolvidas, parcialmente conhecendo do recurso, na parte conhecida (ofensa aos arts. 458, I, II, III e 535, I e II, CPC), *voto negando provimento*.

É o voto.

VOTO-VISTA (PRELIMINAR)

O Sr. Ministro José Delgado: O eminente Ministro Milton Luiz Pereira, Relator, proferiu voto não conhecendo, quanto ao mérito, de recurso interposto por *Samarco Mineração S/A*, com a pretensão de pagar ICMS somente pelo total de energia elétrica realmente consumida, independentemente do valor contratual assumido com a fornecedora, isto é, não fazer incidir o referido imposto sobre a denominada “demanda reservada de potência”.

Os aspectos fáticos e jurídicos motivadores da pretensão da recorrente estão expostos, às fls. 645-647, de modo que transcrevo:

A Recorrente, pessoa jurídica de direito privado dedicada ao ramo da mineração, ajuizou contra a Fazenda Pública de Minas Gerais Ação Ordinária com Pedido de Antecipação da Tutela Jurisdicional, objetivando provimento que lhe garantisse o direito de não recolher o ICMS sobre a “demanda reservada” de energia elétrica decorrente do contrato firmado entre a mesma e a Cia. Energética de Minas Gerais - Cemig, bem como o direito de efetuar a compensação das parcelas indevidamente recolhidas àquele título, alegando-se em síntese que não ocorre a circulação da energia elétrica que constitui objeto de tal ajuste contratual (exordial às fls. 02-29). Alegou-se, pois, na inicial, que a cobrança de ICMS sobre tais parcelas de energia elétrica (que nem sequer chegam a sair das linhas de transmissão da Cemig) configura agressão tanto às normas constitucionais que definem o fato gerador do ICMS, quanto às disposições da legislação complementar que cuidam mais detalhadamente da matéria.

O douto Juízo Monocrático, após denegar o pedido antecipatório (fls. 369), exarou sentença julgando improcedente o pedido da Autora (fls. 481-90), sob a motivação de que, como o preço da “demanda reservada” é incluído nas cláusulas

do contrato existente entre a ora Recorrente e a Cemig, seu valor deve ser abarcado pela base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica, haja ou não o “deslocamento de toda a energia adquirida” (fls. 488).

Inconformada, a Autora - ora Recorrente - interpôs Recurso de Apelação (fls. 497-512), distribuído à Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, alegando mais uma vez a contrariedade da cobrança do ICMS sobre a demanda meramente contratada a dispositivos da Constituição Federal (art. 155, II) e do Convênio ICMS n. 66/88 (arts. 2º, VI, e 19), os quais delimitam o fato gerador e a base de cálculo do ICMS.

Foi dado provimento ao recurso de apelação (Acórdão de fls. 549-558), por maioria, firmando-se o entendimento de que no caso da energia meramente contratada não ocorre o fato gerador do ICMS, conforme se comprova pelo voto-vencedor do Desembargador Aluizio Quintão (fls. 553-4):

Entendo que, por si só, a formalização do contrato de compra ou fornecimento de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria. O fato gerador do ICMS não se configura *in casu* com o simples pacto, há que se materializar o negócio jurídico na efetiva circulação física ou econômica da mercadoria em termos de seu real consumo. É o que se tira das normas legais e regulamentares sobre específica matéria tributária.

Contra tal Acórdão que, por maioria, deu provimento à Apelação, a Fazenda Pública de Minas Gerais interpôs Embargos Infringentes, os quais foram acolhidos pela Quinta Câmara Cível do TJMG, vencidos os Eminentes Desembargadores Schalcher Ventura e Aluizio Quintão. Segundo o entendimento abraçado pelo Acórdão que acolheu os Embargos Infringentes, a solução da lide estaria na aplicação do art. 116, II do CTN, que dispõe que o fato gerador ocorre, em se tratando de situação jurídica, desde o momento em que esta esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável.

Uma vez que o Acórdão que acolheu os embargos infringentes, decidindo que ocorre fato gerador do ICMS quanto à demanda reservada, somente apreciou a questão à luz do art. 116, II do CTN (e mesmo assim sem haver se manifestado quanto ao alegado pela ora Recorrente sobre o mencionado dispositivo legal - fls. 505-506), deixando de analisar as diversas alegações da Recorrente no sentido da não ocorrência *in casu* do fato gerador do ICMS à luz de diversos dispositivos constitucionais e do Convênio ICMS 66/88 (dispositivos estes mencionados e discutidos na exordial e na apelação), foram interpostos Embargos de Declaração prequestionadores pela ora Recorrente, requerendo fossem supridas tais omissões na fundamentação do Acórdão que acolheu os Embargos Infringentes, para viabilizar-se o atendimento ao disposto nas Súmulas n. 282 e n. 356 do Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, desde logo, que estou de pleno acordo com o voto do eminente Relator na parte que reconheceu inexistir a apontada violação aos arts. 458, II e 535, do CPC.

As razões do voto quanto a esse aspecto são, para mim, suficientes para seguir a conclusão assentada.

Ouso, contudo, divergir, parcialmente, quanto ao não conhecimento do recurso referente ao mérito.

O eminente Relator não conheceu do apelo por dois fundamentos:

a) o do acórdão ter firmado sua decisão com base nas cláusulas contratuais ajustadas entre as partes;

b) existir destaque constitucional autônomo, no caso, o art. 155, II, § 3º, da CF/1988 e o art. 34, § 8º, ADCT.

Apegado a esse panorama, entendeu o eminente Relator que as Súmulas n. 5 e n. 7, deste STJ, impedem o conhecimento do recurso. Ouso divergir, embora o faça parcialmente.

Correto, ao meu pensar, o entendimento de que a apontada afronta ao art. 155, II, § 3º, e ao art. 34, § 8º, ADCT, de nível constitucional, não pode ser debatida em sede de recurso especial. No particular, estou de pleno acordo.

Ocorre que, segundo o convencimento que firmei em decorrência do existente dos autos, há matéria infraconstitucional autônoma, devidamente prequestionada, que necessita ser examinada e decidida, sob pena de não se fazer a entrega perfeita da prestação jurisdicional solicitada pela parte.

Esse meu posicionamento decorre do exame que fiz do acórdão e da peça recursal. Vejamos.

O voto-condutor do acórdão recorrido é do teor seguinte (fls. 601-605):

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, anotando, mais uma vez, que a divergência diz respeito à incidência ou não do ICMS sobre o contrato de fornecimento de energia elétrica firmado entre a embargada e a Cemig, entendendo o voto divergente que sim, enquanto os votos vencedores entendem que não, ressaltando o em. Relator que:

o contrato entre Cemig e Samarco existe somente para garantir uma demanda de energia elétrica, em face das grandes necessidades desta empresa, entretanto, esse contrato não altera a situação fática, mensurável, da quantidade de energia elétrica efetivamente gasta, sobre a qual se deve

tributar o ICMS, sendo mesmo injusto, imotivado, cobrar da apelante pelo que ela efetivamente não gastou (...) (fls. 552).

Por sua vez, o douto Revisor assinalou que:

por si só, a formalização de contrato de compra ou fornecimento de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria. O fato gerador do ICMS não se configura *in casu* com o simples pacto, há que se materializar o negócio jurídico na efetiva circulação física ou econômica da mercadoria em termos de seu real consumo (fls. 553).

Finalmente, diz o em. Vogal que:

qualquer que seja a conclusão, um fato emerge certo e indubitável: o preço faturado, e pago pelo consumidor, traz em sua composição também os custos e despesas levados a efeito para colocação da demanda à disposição do interessado, da ora apelante no caso concreto, o quanto basta para legitimar a incidência do tributo na espécie (fls. 555).

Data venia dou minha modesta adesão ao voto vencido, pois o ICMS deve ter por base a quantia efetivamente paga, a título de consumo, independentemente do consumo efetivo.

O voto-condutor levou em consideração o art. 116, I, do CTN, quando aplicável, à espécie, é o inciso II, por tratar-se, no caso, de “situação jurídica” e não “de fato”.

Explica Aliomar Baleeiro sobre a ocorrência do fato gerador que:

se esta for situação de fato, desde o instante em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias à realização dos efeitos, que lhe são próprios; se for situação jurídica, desde que esteja definitivamente constituída, segundo o direito pelo qual se rege. (Direito Tributário Brasileiro, Forense, 10ª ed., p. 458).

A MMª Juíza também nesse entendimento fundamentou seu *decisum*, que por sua clareza vale transcrever:

No caso dos autos, temos que existe um contrato de compra e venda de energia elétrica, entre a autora e a Cemig, contrato esse não sujeito a qualquer condição suspensiva ou resolutiva.

A empresa autora paga pela demanda de energia elétrica, mesmo que não venha a se utilizar de toda a quantidade contratada.

A Cemig põe à disposição da autora uma determinada quantidade de energia, que, por certo, não pode ser repassada a terceiros, pois poderá ser utilizada a qualquer momento.

Isto significa que a mercadoria energia elétrica foi efetivamente comprada pela autora, aperfeiçoado o contrato de compra-e-venda entre as partes, não podendo mais a Cemig dispor dessa energia.

Essa é a operação de circulação de mercadoria pois há a transferência de titularidade do bem, mesmo que não haja, quanto a uma quantidade de energia, uma circulação física, ou deslocamento do espaço. (fls. 487-488).

E nesse ponto, Aliomar esclarece:

O CTN, no art. 116, como vimos, declara ocorrido o fato gerador, se definido como situação jurídica, no momento em que esta se acha definitivamente constituída. No art. 117, prevê os casos de atos e negócios sujeitos a cláusulas, condicionais, dando solução para a condição suspensiva e para a resolutiva. (Ob. cit. p. 459).

E no caso vê-se que houve realmente uma operação de circulação de mercadoria, juridicamente constituída sem cláusulas condicionais.

Com tais considerações, acolho os embargos, *data venia*, para que prevaleça o voto vencido, restabelecendo-se os efeitos da sentença reformada.

Ora, de modo indiscutível o aresto acima citado interpretou e aplicou, de modo autônomo, para decidir, o art. 116, I e II, do CTN. São expressivas as passagens que se referem aos mencionados dispositivos e os consideram fundamentais para o *decisum*.

A empresa recorrente, em sua peça recursal, fls. 667-672, invoca, expressamente, o art. 116, II, do CTN, como tendo sido violado pelo acórdão hostilizado.

Entre os vários fundamentos desenvolvidos, alinhou a recorrente o de que (fls. 672-673):

II. 4. *Das manifestações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a questão*

A doutrina mais autorizada do direito tributário pátrio já se manifestou inequivocamente no sentido da tese ora defendida pela Recorrente.

Um dos maiores mestres do direito tributário brasileiro, o Dr. Gilberto de Ulhôa Canto, se propôs a analisar a questão em minucioso Parecer, publicado em sua conhecida obra "Direito Tributário Aplicado". Ao longo deste estudo, o justributarista que participou ativamente da elaboração de nosso Código Tributário Nacional, juntamente com Rubens Gomes de Souza, dissecou com propriedade cada aspecto da questão, citando inclusive lições do direito comparado.

Sua conclusão não deixa margens a dúvidas:

Feitas as considerações que precedem, posso concluir que o valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime do ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (art. 19, do Convênio ICM n. 66/88). E este é, sem a menor possibilidade de dúvida, o da energia elétrica efetivamente consumida, o que corresponde, no caso da energia elétrica, ao valor da operação de que decorreu a saída, que é a energia consumida.

Em seguida, Uilhôa Canto aborda importantes aspectos da questão:

É de toda evidência que o ICMS incide sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, pois só ela pode ser considerada como entregue ao consumidor, ou, como simples alegoria, como tendo saído da linha de transmissão, e entrado no estabelecimento da consulente. Nem se pretenda que, estando obrigada a pagar pela energia contratada, o consumidor deve considerá-la como preço do KWh para efeito de determinação da base de cálculo do ICMS, em vez do valor referente aos KWh realmente consumidos. Se assim fosse, estaríamos incorrendo em absurdo, até porque quem consumisse menos do que o contratado pagaria, pelo fornecimento de quantidades de KWh diferentes, um mesmo e único preço. Acresce que a diferença entre a maior quantidade de KWh contratados e a menor de KWh efetivamente consumidos não pode ser tratada como preço do que tiver sido consumido, pois este é objeto de tarifa fixada pelo Poder Público por unidade de KWh entregue ao consumo, preço esse que não pode ser excedido.

Rubens Gomes de Souza, ao discorrer sobre o fato gerador do ICM, caracterizou-o como “a saída física da mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, sendo irrelevante o título jurídico de qual tal saída decorra, e bem assim o fato desse título envolver ou não uma transferência de mercadoria”.

Evidencia-se, portanto, que há uma discussão previamente questionada (no acórdão e no recurso) sobre a aplicação ou não do art. 116, II, do CTN.

Não é caso, portanto, de interpretação de cláusula contratual; não é matéria de prova. O que deve ser assentado, em face do acórdão recorrido e do recurso interposto, é se, com base no art. 116, II do CTN, está o fato gerador do ICMS inserido em situação jurídica contratual, a partir do momento em que esse contrato esteja definitivamente constituído ou se há de prevalecer o que estabelece a legislação aplicável à espécie, no caso, o art. 2º, do Convênio

n. 66/88, de que essa hipótese de incidência só ocorre quando da saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não.

Em consequência do afirmado, considero não ser matéria fática, nem de interpretação ou de nível constitucional, o desvendar-se, juridicamente, se a “demanda reservada” da energia elétrica, firmada por relação contratual é fato gerador do ICMS. Estou certo e convencido que tal questão é, nitidamente, de cunho infraconstitucional.

Pelo exposto, com a devida *venia*, conheço do recurso, tão-somente, para apreciar essa questão.

É como voto, em preliminar.

VOTO-VISTA (MÉRITO)

O Sr. Ministro José Delgado: Entendo que, no trato da questão jurídica discutida nos autos, a razão está com a recorrente.

Assim posiciono-me por compreender que o ICMS incide sobre o valor da energia elétrica que tenha sido concretamente consumida pela empresa, em virtude de que somente essa quantidade é que deve ser considerada como utilizada.

O fato gerador do imposto, por conseguinte, consolida-se no exato momento em que a energia sai da fornecedora, circula e entra no estabelecimento do consumidor.

Com razão, portanto, a fundamentação de fls. 665-667:

A análise do ordenamento jurídico pátrio é bastante clara quanto ao marco de tempo em que se dá por ocorrido o fato gerador da circulação da mercadoria energia elétrica. Senão, vejamos:

Dispõe o art. 2º do Convênio n. 66/88 que ocorre o fato gerador do ICMS:

(...)

VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou à utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas;

Destarte, percebe-se que se elegeu, nesta modalidade de incidência do ICMS, o momento da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador como o marco de tempo hábil a demarcar a incidência da norma jurídico-tributária. Assim, antes da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador, não há como se reputar ocorrido o fato gerador.

Vejamos, agora, como a legislação trata o tema da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador, pois como ressaltou Walter Tolentino Alvares,

O transporte de energia elétrica envolve todas as atividades desde a subestação elevadora, junto às usinas geradoras, através das linhas transmissoras até atingir as sub-estações abaixadoras, que representam o limite entre o transporte e a distribuição, que se inicia com a rede primária.

Portanto, a pergunta que se deve fazer é quando se reputa acontecida a saída da mercadoria energia elétrica do estabelecimento gerador, pois a partir daí já se tem por consumado o fato gerador. A resposta é inequivocamente fornecida pelas normas técnicas expedidas pelo Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAEE), notadamente a Portaria n. 222, de 22.12.1987:

Art. 8º - O ponto de entrega da energia será a conexão do sistema elétrico do concessionário com as instalações de utilização de energia do consumidor, devendo situar-se no limite da via pública com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora (...)

A confirmar que no momento da passagem da energia pelo ponto de entrega dá-se a saída de tal mercadoria do estabelecimento gerador, dispõe indubitoso o parágrafo único do artigo supracitado:

Parágrafo único: Até o ponto de entrega de energia, será de responsabilidade do concessionário elaborar o projeto, executar as obras necessárias ao fornecimento e participar financeiramente, nos termos da legislação respectiva, bem como operar e manter o sistema.

Ora, enquanto a energia permanece nas linhas de transmissão da concessionária, sem ingressar no ponto de entrega da Recorrente, a legislação é clara no afirmar que ainda não ocorreu a saída da mercadoria do estabelecimento gerador, e, deste modo, ainda não se pode reputar ocorrido o fato gerador.

Mesmo porque, se se reputasse ocorrida a saída antes da energia transpor os pontos de entrega, tal saída ocorreria sem discriminação de qualquer usuário, pois a corrente flui pelas linhas de transmissão sem destinatário específico. Assim, até mesmo por óbice lógico, impede-se que se eleja momento anterior à entrega da energia ao consumidor, como marco temporal hábil a reputar como ocorrido o fato gerador.

Outro dispositivo legal corrobora *in totum* este raciocínio, o de que a saída se dá nos pontos de entrega, e a partir de então reputa-se consumado o fato gerador. Trata-se do art. 19 do Convênio n. 66/88, que define a base de cálculo desta modalidade do ICMS:

Art. 19 – A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente a operações anteriores e posteriores, na condição de substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, a base de cálculo se destina a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no aspecto material da hipótese de incidência. Pois bem: no presente caso, a base de cálculo irá medir, por assim dizer, a intensidade do ato de circular a mercadoria energia elétrica, através do valor, em dinheiro, da operação “da qual decorrer”, *nota bene*, “a entrega do produto ao consumidor”.

Ponham reparo os doutos julgadores que o legislador qualificou a operação cujo valor servirá de base de cálculo à exação. Não se trata de qualquer operação, mas somente daquela da qual decorrer a entrega do produto ao consumidor. Logo, é avesso à qualquer lógica jurídica supor que uma operação de que não resulte entrega do produto possa servir de base de cálculo ao imposto.

Assim, como são nítidos *in casu* dois valores correspondentes a duas situações fáticas distintas (numa, fornecimento de energia, noutra, garantia de potência), e uma destas situações não chega a configurar o fato gerador do ICMS, somente caberá falar da incidência do imposto sobre o valor da operação de que resultou a entrega de energia – e não daquela que resultou mera garantia de potência.

De outra face, comungo com a posição adotada pelas razões de fls. 668-672, no referente à aplicação do art. 116, do CTN, no caso em apreço:

Colendos Julgadores, dois graves empecilhos impedem a conclusão de que o artigo 116, II deve ser aplicado da forma como o foi pelo Acórdão recorrido: o primeiro consiste no fato de que se supôs erroneamente que a “situação jurídica” sobre a qual incide o ICMS seja o contrato de compra e venda da mercadoria, e não a circulação da mesma. Tal posicionamento equivoca-se na medida em que concebe o ICMS como um imposto sobre negócios jurídicos, e não como um imposto sobre a circulação de mercadorias (*in casu* circulação de energia elétrica).

Se fosse o ICMS imposto sobre o “tráfico jurídico”, a incidir sobre negócios jurídicos como contratos e outros instrumentos, aí sim seria lícito compor sua base de cálculo com o valor total do adimplemento, desimportante o fato de ter havido efetiva circulação das mercadorias. Ocorre, todavia, que o ICMS,

na modalidade ora examinada, tem como fato gerador não a celebração de contratos, mas a circulação da mercadoria energia elétrica.

Ora, tendo em vista que o momento em que se reputa acontecido este fato gerador (aspecto temporal) é a entrega da energia ao consumidor que a utilizará, enquanto tal não ocorrer não se poderá falar em incidência do mandamento jurídico-tributário, e, portanto, incabível a cobrança do imposto.

O segundo empecilho é que não reparou o Acórdão recorrido na fase inaugural do *caput* do artigo 116 do CTN: “Salvo disposição de lei em contrário”. Veja-se:

Art. 116 – Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes seus efeitos:

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável.

Como bem observou Paulo de Barros Carvalho em seu Curso, o artigo 116 do CTN tem aplicação quando o legislador se omite quanto ao aspecto temporal da hipótese de incidência:

Quando a previsão hipotética referir-se à situação jurídica (inc. II), ter-se-á por ocorrida no instante em que, na forma do direito aplicável, esteja definitivamente configurada.

A explicação não estaria completa se não assinalássemos a cláusula inicial do preceito - Salvo disposição de lei em contrário. Implica reconhecer que o marco temporal do acontecimento pode ser antecipado ou diferido tanto na contingência do inc. I (situação de fato) quanto na do inc. II (situação jurídica). São matizes de fraseologia jurídica que revelam a liberdade de que desfruta o político ao construir as realidades normativas.

Ora, como visto acima, tal omissão sobre o aspecto temporal não ocorreu no que diz respeito ao desenho da regra-matriz do ICMS sobre energia elétrica, pois dispositivos do Convênio ICMS n. 66/88 e normas complementares fixaram inequivocamente na entrega da energia ao consumidor o marco temporal em que se reputa ocorrido o fato gerador do ICMS incidente sobre tal operação.

Na obra do Professor Luciano Amaro também encontramos uma clara indicação de que o Acórdão recorrido incidiu em equívoco na aplicação do art. 116, II, do CTN:

O Código Tributário Nacional enuncia preceito, no art. 116, que implica a distinção entre os fatos geradores que se traduzem numa situação de fato e os que correspondam a uma situação jurídica. Essa discriminação objetiva identificar o momento em que se considera ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos.

Não quer o Código, por certo, ao distinguir entre situações de fato e de direito, dizer que as primeiras não tenham repercussão jurídica (o que seria uma contradição, na medida em que dão nascimento à obrigação jurídica de pagar tributo). Trata-se, porém, de fatos (ou circunstâncias fáticas) que podem não ter relevância jurídica para efeito de uma dada relação material privada, mas, não obstante, são eleitos para determinar no tempo o fato gerador do tributo. Num dado acontecimento, que pode desdobrar-se em várias fases, a lei pode escolher uma determinada etapa deste acontecimento para o efeito de precisar, no tempo, o instante em que o fato gerador se tem por ocorrido e no qual, portanto, tem-se por nascida a obrigação tributária.

Assim, por exemplo, a saída de mercadoria do estabelecimento mercantil configura uma etapa do processo de circulação da mercadoria, eleita pela lei para o efeito de precisar a realização do fato gerador do ICMS, não obstante tal fato (a saída) possa não ter maior relevância no plano do direito comercial: a transmissão da propriedade (*traditio*) pode já ter se operado se a mercadoria já tiver sido entregue no interior do estabelecimento), ou só vir a configurar-se posteriormente (p. ex., no domicílio do destinatário). Mas o fato da saída da mercadoria (do estabelecimento comercial) é eleito pela lei como suporte fático do tributo.

Assim, é totalmente equivocado o uso que fez o Acórdão recorrido do art. 116, II do CTN, devendo-se no presente Recurso Especial corrigir-se tal distorção operada quanto ao direito federal. Com efeito, a correta aplicação do direito no caso em tela deve contemplar as normas jurídicas que traçam os aspectos material e temporal da exação em comento: o art. 155, § 3º da CF/1988, os arts. 1º, 2º e 19 do Convênio n. 66/88 (expedido em conformidade com o art. 34, § 8º do ADCT da CF/1988), e ainda as normas complementares encontráveis na Portaria n. 222 do DNAEE. Tais normas, tendo definido com total especificidade o momento em que se reputa ocorrido o fato gerador nas operações de fornecimento de energia elétrica, impedem que o art. 116 do CTN tenha a dimensão que lhe deu o Acórdão recorrido.

O Acórdão recorrido aplicou o art. 116 do CTN sem prestar a devida atenção às normas tributárias que definem o aspecto temporal do ICMS nas operações de fornecimento de energia elétrica como se o art. 116 pudesse ser aplicado independentemente das normas tributárias que regulam o tributo específico. Além disso, considerou-se erroneamente que o ICMS tem por fato gerador o que Luciano Amaro chama de “instrumentação de um negócio jurídico”, negócio este identificado com a compra e venda da energia. Ora, o ICMS não grava o negócio jurídico da compra e venda (não é imposto sobre contratos ou sobre o tráfico jurídico), mas grava as operações de circulação de mercadorias, no caso a circulação da energia, sendo que se encontra na legislação federal, como exhaustivamente comprovado, a eleição do momento de ocorrência do fato

gerador - saída da energia elétrica das linhas de transmissão da concessionária e entrada no estabelecimento do consumidor.

Da mesma forma se manifestou o Professor José Eduardo Soares de Melo que, explicando o real alcance do art. 116 do CTN, afirma:

O simples fato de a pessoa jurídica receber dinheiro em seu caixa, não significa a ocorrência do fato gerador do imposto de renda, uma vez que o contribuinte somente passa a ter tal obrigação na medida em que se verifica a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, ou proventos de qualquer natureza (art. 43 do CTN), apuráveis segundo regime de competência. Do mesmo modo, a configuração de uma situação jurídica pode não implicar fato gerador, quando a lei reputar necessária a observância de acontecimento físico, que é o caso de contrato de fabricação e venda de produto industrializado, com pagamento de seu preço, e à disposição do comprador, mas que ainda não foi por ele retirado, inocorrendo a “saída” do estabelecimento industrial (momento estipulado para incidência do IPI).

O exemplo do Professor José Eduardo Soares de Melo, quanto ao IPI, retrata muito bem o equívoco do Acórdão recorrido. Veja-se. Assim como a legislação do IPI definiu que o momento em que ocorre o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria industrializada do estabelecimento industrial, e não o momento da entabulação do contrato de fabricação e venda, a legislação do ICMS (dispositivos constitucionais, legais e infralegais acima citados) definiu que o momento de ocorrência do fato gerador do ICMS sobre a energia elétrica é saída da energia elétrica das linhas de transmissão da concessionária e entrada no estabelecimento do consumidor, e não o momento do fechamento do contrato de fornecimento de energia elétrica.

Na linha do acabado de afirmar, registro as seguintes manifestações:

a) Gilberto Ulhôa Canto, *in* “Direito Tributário Aplicado”, Rio de Janeiro, 1992. P. 125:

Feitas as considerações que precedem, posso concluir que o valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime do ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (art. 19, do Convênio ICM n. 66/88). E este é, sem a menor possibilidade de dúvida, o da energia elétrica efetivamente consumida, que corresponde, no caso da energia elétrica, ao valor da operação de que decorreu a saída, que é a energia consumida.

Em seguida, Ulhôa Canto aborda importantes aspectos da questão:

É de toda evidência que o ICMS incide sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, pois só ela pode ser considerada como entregue ao consumidor, ou, como simples alegoria, como tendo saído da linha de transmissão, e entrado no estabelecimento da consulente. Nem se pretenda que, estando obrigada a pagar pela energia contratada o consumidor deve considerá-la como preço do KWh para efeito de determinação da base de cálculo do ICMS, em vez do valor referente aos KWh realmente consumidos. Se assim fosse, estaríamos incorrendo em absurdo, até porque quem consumisse menos do que o contratado pagaria, pelo fornecimento de quantidades de KWh diferentes, um mesmo e único preço. Acresce que a diferença entre a maior quantidade de KWh contratados e a menor de KWh efetivamente consumidos não pode ser tratada como preço do que tiver sido consumido, pois este é objeto de tarifa fixada pelo Poder Público por unidade de KWh entregue ao consumo, preço esse que não pode ser excedido.

b) Rubens Gomes de Souza, *in* “IVC, ICM e Conferência de Bens Móveis ao Capital da Sociedade”, RDP, vol. 2:

a saída física da mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, sendo irrelevante o título jurídico de qual tal saída decorra, e bem assim o fato desse título envolver ou não uma transferência de mercadoria.

Por fim, acrescento lição do saudoso Geraldo Ataliba, *in* “Hipótese de Incidência Tributária”, SP, RT, 1991, p. 68:

Para o direito tributário é irrelevante a vontade das partes na produção de um negócio jurídico. Tal vontade é relevante, para os efeitos privados (negociais) do negócio. Para o direito tributário a única vontade relevante, juridicamente, é a vontade da lei, que toma esse negócio (ou ato unilateral privado) como fato, ao colocá-lo, como simples fato jurídico, na hipótese de incidência.

Em face do exposto, vinculo-me à argumentação desenvolvida pelo Des. Schalcher Ventura, ao proferir voto na AC n. 83.076/0, conforme noticiado às fls. 674:

Ora, no caso em questão, o contrato entre Cemig e Samarco existe somente para garantir uma demanda de energia elétrica, em face de grandes necessidades desta empresa, entretanto, esse contrato não altera a situação fática, mensurável de quantidade de energia elétrica efetivamente gasta, sobre a qual se deve tributar o ICMS, sendo mesmo injusto, imotivado, cobrar da apelante o que efetivamente não gastou.

A cobrança de um tributo sem o correspondente fato gerador é ilegal, gerando mesmo enriquecimento sem causa por parte de quem cobra o que, sem dúvida, é vedado pelo bom senso, pelo Direito.

Esses os motivos sintéticos, mas lógicos, pelos quais entendo que não deve haver a cobrança de ICMS sobre a “demanda reservada de potência”, que obrigatoriamente não é utilizada pela apelante, mas pela energia efetivamente utilizada e mensurável, concedendo, ainda, o direito de compensação de créditos oriundos de cobrança indevida, a fim de impedir o locupletamento ilícito, sem causa, por parte da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, invertidas as custas e sucumbência.

Isto posto, com a devida vênia, dou provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 343.952-MG (2001/0101815-4)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Cenibra - Celulose Nipo-Brasileira S/A

Advogado: Sacha Calmon Navarro Coelho e outros

Recorrido: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais

Procurador: Bruno Rodrigues de Faria e outros

EMENTA

Tributário. *ICMS*. Energia elétrica: demanda reservada. Fato gerador art. 116. II. do CTN).

1. A aquisição de energia elétrica para reserva, formalizada por contrato, não induz à transferência do bem adquirido, porque não se dá a tradição.

2. Somente com a saída do bem adquirido do estabelecimento produtor e o ingresso no estabelecimento adquirente é que ocorre o fato gerador do *ICMS* (art. 19 Convênio n. 66/88) e art. 166. II. do CTN.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora

DJ 17.6.2002

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: *Cenibra - Celulose Nipo-Brasileira S/A* impetrou mandado de segurança contra ato do Superintendente da Receita Estadual de Minas Gerais, visando desobrigar-se do recolhimento do ICMS incidente sobre demanda reservada de energia elétrica, conforme contrato firmado com a Cemig.

Defendeu a empresa a tese de que a exigência fiscal apenas poderia referir-se ao efetivo consumo do bem contratado, por se tratar de Imposto sobre Circulação de Mercadorias, não se enquadrando no conceito de fato gerador o excedente de energia pago, mas não utilizado.

A sentença denegou a segurança, posição que foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, surgindo, assim, o presente especial, com fulcro na letra **c** do permissivo constitucional, onde busca a recorrente caracterizar dissídio jurisprudencial com acórdão desta Corte, da lavra do Min. José Delgado.

Após as contra-razões. subiram os autos.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): O acórdão paradigma encerra hipótese absolutamente idêntica à presente, estando a decisão recorrida em

divergência com o julgado trazido à colação. Vejamos os aspectos fáticos que dão suporte à controvérsia:

A empresa, no desenvolvimento de suas atividades, utiliza-se intensamente de energia elétrica.

E, para não ser surpreendida com o risco de insuficiência de energia, celebrou com a *Cemig* contrato pelo qual adquire antecipadamente energia para reserva, a preço diferenciado, porque paga pela simples disponibilidade e não pelo efetivo consumo.

Ocorre que o Fisco Estadual está a exigir da empresa o pagamento do *ICMS* sobre o valor pago pela *demanda reservada*.

A segurança foi denegada no primeiro grau de jurisdição, por entender o julgador que a *Cemig*, ao disponibilizar a energia para a empresa, perdia a titularidade pela transferência, ocorrendo o fato gerador do *ICMS*.

O TJ-MG confirmou a sentença, argumentando ser inquestionável que o *ICMS* incide sobre a venda de energia elétrica, sendo a base de cálculo do tributo o preço total do fornecimento pago pelo consumidor.

O acórdão paradigma surgiu do REsp n. 222.810-MG, julgado no dia 14.3.2000, quando ficou vencido o Ministro Milton Luiz Pereira, sendo designado para lavrar o acórdão o Ministro José Delgado.

O relator originário desenvolveu o raciocínio de que o contrato de compra e venda de energia elétrica entre a empresa e a *Cemig* por si só caracteriza circulação de mercadoria e, com ela, a incidência do *ICMS*.

A divergência foi inaugurada pelo Ministro José Delgado, que situou a questão à luz do art. 116. II. do CTN. abstraindo o contrato, por estar o fato gerador do *ICMS* inserido em situação jurídica contratual.

Para o relator designado, o fato gerador do *ICMS* só se consolidou no momento em que a energia saiu da fornecedora, circulou e entrou no estabelecimento do consumidor.

Em longo e judicioso voto. analisa e esquadrinha o fato gerador do *ICMS*, interpretando o disposto no Convênio n. 66/88.

Invocando o art. 19 do referido Convênio, que define a base de cálculo do *ICMS* sobre energia elétrica, conclui pela não-incidência do imposto, visto ser ele bem preciso ao prever:

A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente a operações anteriores e posteriores, na condição de substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor.

Na espécie, a empresa compradora, ora recorrente, não recebe a energia da reserva. Apenas paga para mantê-la reservada.

Como o *ICMS* só incide sobre a mercadoria transferida, naturalmente que não incide imposto sobre o que não circulou e não se transferiu.

Lembro, por oportuno, e a propósito do voto do Ministro Milton Luiz Pereira, que no Direito brasileiro o contrato não tem a força suficiente para transferir a propriedade, o que só ocorre com a tradição para os bens móveis, e a transcrição para os bens imóveis.

Na *reserva de demanda* não ocorre a tradição da energia e, como tal, não se há de falar em *ICMS*.

Assim sendo, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente a ação e conceder a segurança.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Sra. Ministra-Presidente, ouvi com atenção e voto exatamente no mesmo sentido, dando provimento ao recurso especial, porque entendo que a hipótese de incidência não pode ser a contratada, mas sim a energia realmente consumida.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Pedi vista dos autos para melhor examinar a questão relativa à incidência ou não de *ICMS* sobre energia elétrica reservada, matéria nova. A ilustre Min. Relatora, confrontando os acórdãos divergentes, situou, com precisão a questão, decidindo-a com primorosa síntese.

É que o contrato, no direito brasileiro, por si só, não transfere a propriedade, impondo-se a transcrição do título, em se tratando de imóveis, e a tradição, para os móveis. A simples reserva de energia não implica na sua circulação para a

usuária. Só com o efetivo consumo é que se transmite a energia, configurando o fato gerador do ICMS.

Acompanho o voto da ilustre Ministra Relatora conhecendo do recurso e deferindo a segurança.

RECURSO ESPECIAL N. 579.416-ES (2003/0133910-4)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Companhia Hispano-Brasileira de Pelotização - Hispanobrás

Advogado: Natália Carvalho de Araújo e outros

Recorrente: Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa

Advogado: Lycurgo Leite Neto e outros

Recorrido: Os mesmos

Interessado: Estado do Espírito Santo

Procurador: Adriano Frisso Rabelo e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Interpretação de direito local. Impossibilidade. Súmula n. 280-STF. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Tributário. ICMS. Demanda contratada de energia elétrica. Não-incidência. Precedentes. Ilegitimidade passiva da concessionária de energia elétrica. Juros. Correção monetária.

1. A controvérsia suscitada pelo recorrente demanda análise de direito local, pelo que se aplica, por analogia, a Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal.

2. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula n. 282 do STF.

3. Segundo orientação traçada em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção, não incide o ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica.

4. Somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos da condenação, porque é ele o único titular das pretensões contra as quais se insurge a autora, devendo, em consequência, figurar no pólo passivo da demanda.

5. Nos casos de repetição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção quanto aos juros pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei n. 9.250/1995, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula n. 162-STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula n. 188-STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN; (b) após a edição da Lei n. 9.250/1995, aplica-se a Taxa Selic desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.1.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a Selic inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real.

6. Está assentada nesta Corte a orientação segundo a qual são os seguintes os índices a serem utilizados na repetição ou compensação de indébito tributário: (a) IPC, de março/1990 a janeiro/1991; (b) INPC, de fevereiro a dezembro/1991; (c) Ufir, a partir de janeiro/1992; (d) Taxa Selic, exclusivamente, a partir de janeiro/1996; com observância dos seguintes índices: janeiro/1989 (42,72%), fevereiro/1989 (10,14%), março/1990 (84,32%), abril/1990 (44,80%), maio/1990, (7,87%) e fevereiro/1991 (21,87%). Nesse sentido: REsp n. 418.644-SP, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 5.8.2002; EDREsp n. 424.154-SP, 1ª Turma., Min. Garcia Vieira, DJ de 28.10.2002; REsp n. 286.788-SP, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003; REsp n. 267.080-SC, 2ª Turma, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 26.5.2003.

7. Recurso especial da autora parcialmente provido.

8. Recurso adesivo 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 parcial provimento ao recurso especial da autora e dar provimento ao recurso adesivo da Escelsa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado (voto-vista) e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 1º de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 29.3.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recursos especiais interpostos em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que, em ação visando à inexigibilidade da cobrança do ICMS incidente sobre a demanda reservada de potência de energia elétrica, bem como à restituição das quantias pagas a maior em decorrência de tal cobrança, com acréscimo de juros de mora e correção monetária, negou provimento à apelação da autora, confirmando a sentença de improcedência do pedido, e deu provimento ao apelo adesivo da Escelsa, alterando os honorários advocatícios fixados. Decidiu o Tribunal de origem (acórdão de fls. 342-368), no que importa aos presentes recursos, que deve incidir o ICMS sobre a totalidade da reserva de energia elétrica colocada à disposição do consumidor. Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 395-400).

No recurso especial da demandante (fls. 403-419), fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alega-se, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 2º, VI, e 19 do Convênio n. 66/88, 25 da Lei Estadual n. 4.217/1989 e 116, II, do CTN, aduzindo, em síntese, que o fato gerador do ICMS é a circulação e saída da mercadoria, sendo irrelevante para tal fim a existência de contrato de garantia de potência.

Em contra-razões (fls. 476-488), o Estado do Espírito Santo postula, preliminarmente, (a) pelo não conhecimento do recurso com base na alínea **c**, em razão de não estar demonstrada a similitude entre os casos confrontados; (b) pelo não conhecimento do recurso com base na alínea **a**, relativamente (I) ao dispositivo de legislação estadual apontado como violado; (II) ao art. 19

do Convênio n. 66/88, pela ausência de prequestionamento; (III) ao art. 9º do Convênio n. 66/1988, por ter sido revogado pela LC n. 87/1996 (art. 9º, I). No mérito, pugna pela manutenção do julgado.

A concessionária, em suas contra-razões (fls. 510-548), aduz, preliminarmente, que (a) é da alçada desta Corte analisar ofensa à legislação estadual e à convênio interestadual; (b) não há o prequestionamento do art. 116 do CTN; (c) não houve cotejo analítico hábil a demonstrar a divergência jurisprudencial; (d) não possui legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda. Postula, sucessivamente, o não conhecimento do recurso especial, a sua exclusão da demanda e a manutenção do julgado.

No recurso especial adesivo da Escelsa (fls. 577-594), fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alega-se, além de divergência jurisprudencial no que toca à sua legitimidade para figurar no processo, ofensa aos arts. 3º e 267, VI, do CPC, 121, II, do CTN, porque, em suma, a pretensão jurídica deve ser endereçada unicamente contra o Estado do Espírito Santo, uma vez que é apenas responsável pelo recolhimento da exação e seu repasse ao Estado.

Em contra-razões (fls. 607-616), a demandante, alega que (a) o recurso não é cabível, uma vez que não foram opostos embargos infringentes em face da decisão não unânime que rejeitara a preliminar de ilegitimidade passiva; (b) a concessionária de energia elétrica tem legitimidade para compor a lide.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Conheço do recurso especial adesivo da Escelsa, no qual postula o reconhecimento de sua ilegitimidade para a demanda, embora alegue a autora, em contra-razões, não ter havido o esgotamento da instância recursal, pela ausência de interposição de embargos infringentes contra a decisão por maioria de votos que entendeu pela legitimidade passiva *ad causam* da concessionária, estando vigente o art. 530 do CPC em sua redação original (anterior à alteração trazida pela Lei n. 10.352/2001). É que não obstante fosse cabível, em tese, o referido recurso, no caso concreto a via recursal não estava à disposição da recorrente, em razão da ausência de interesse recursal, já que, no mérito, a demanda fora julgada improcedente.

Quanto ao tema da legitimidade passiva nas demandas versando sobre a contratação de energia elétrica sob a sistemática de demanda reservada de potência, proferi voto-vista nos autos do REsp n. 647.553-ES acima referido, nos seguintes termos:

O relator, Min. José Delgado, deu provimento ao recurso da CVRD e negou provimento ao da Escelsa, à consideração de que (a) “concessionária de energia elétrica é sujeito passivo de obrigação tributária e contribuinte no que se refere ao ICMS, calculando, exigindo e destinando à Fazenda Pública o numerário obtido, razão pela qual possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação cujo ponto controverso respeita à forma de apuração de ICMS decorrente de transmissão de energia”; (b) “consoante o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada - apura-se o ICMS sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida”; (c) “a garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado”.

Foi acompanhado pelo Min. Francisco Falcão.

Após pedir vista dos autos, o Min. Luiz Fux declarou seu impedimento.

Pedi vista.

(...)

3. Acompanho o voto do relator, quanto ao reconhecimento da não-incidência do ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica, tendo em vista que a orientação aí adotada tem respaldo em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção.

4. Divirjo, no entanto, no que diz respeito à legitimidade passiva da Escelsa. Sacha Calmon Navarro Coelho, referindo-se à hipótese de retenção na fonte, distingue a responsabilidade tributária (em que o responsável é sempre partícipe de uma relação jurídica de débito) da obrigação de reter e repassar tributo (cujo sujeito não é, em princípio, partícipe de uma relação tributária de débito, mas mero agente de arrecadação, por ter à sua disposição o dinheiro de terceiros, em razão de circunstâncias extratributárias), nos seguintes termos:

Quanto aos *retentores de tributo* (retenção na fonte), estes são pessoas obrigadas pelo Estado a um ato material de fazer (fazer a retenção do imposto devido por terceiro). Devem, assim, reter e recolher ao Estado o tributo devido. Não são sujeitos passivos de incidência tributária, mas antes

sujeitados a uma potestade administrativa. Podem, entretanto, se a lei de cada tributo assim dispuser, ficar *responsáveis* pelo tributo não-recolhido. Neste caso, formarão uma espécie diferenciada de *responsáveis* por dívida tributária alheia. O fator de sub-rogação será o inadimplemento do dever de reter. (*Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 727).

Discorrendo especificamente sobre a sistemática de imposição do ICMS incidente nas operações de consumo de energia elétrica, sustenta, a seu turno, Roque Antonio Carrazza, não deter a empresa distribuidora a condição de contribuinte do imposto, mas sim de mera responsável pelo seu recolhimento, que faz em nome e por conta do consumidor final:

(...) Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode *consumir* uma energia elétrica anteriormente *produzida e distribuída*.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não pode ser equiparada a um comerciante atacadista, que revende a mercadoria de seu estoque para varejista ou, mesmo, para consumidor final.

De fato, a energia elétrica não é um bem susceptível de ser *estocado* pela empresa distribuidora, para ulterior revenda, quando surjam possíveis interessados em adquiri-la.

Na verdade, só há falar em operação jurídica relativa à circulação de energia elétrica no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

(...)

Logo, o tributo levará em conta todas as fases anteriores (produção, circulação, distribuição) que tornaram possível o consumo da energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia suficiente para ensejar *incidências* isoladas, mas *apenas uma*, tendo por sujeito passivo o consumidor final de energia elétrica.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é — e nem pode vir a ser — contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta

mercadoria. Não, porém, quando se limita a *interligar a fonte produtora ao consumidor final*. Este é que é o *sujeito passivo* da obrigação tributária, na condição de *contribuinte de direito* e, ao mesmo tempo, de *contribuinte de fato*.

(...)

Com isto não estamos absolutamente sustentando que a distribuição de energia elétrica é intributável por meio de ICMS. Isto, diga-se de passagem, contraria a própria Carta Magna. Estamos simplesmente enfatizando que tal tributação, em face das peculiaridades que cercam a *circulação de energia elétrica*, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica é consumida.

A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de *responsável* pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, *paga tributo a título alheio*, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: *contribuinte de direito* (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e *contribuinte de fato* (porque suporta a carga econômica do tributo).

Reforçando argumentos já exibidos, a distribuidora *adianta* o ICMS devido - agora sim - pelo verdadeiro sujeito passivo: o consumidor final. É, em linguagem mais técnica, responsável tributária, na exata acepção do art. 121, parágrafo único, II, do CTN. (*ICMS*, 9ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2002, pp. 197-199).

Sobressai das lições transcritas que, seja qual for o *nomen juris* que se dê àquele que arrecada e entrega ao Fisco, seguindo instruções deste, no mais das vezes sob pena de responsabilidade pessoal, tributo cujo ônus é suportado por terceiro, certa é a sua absoluta neutralidade ou indiferença frente à exigência tributária. Por conta dessa indiferença, traduzida na inexistência de qualquer alteração no patrimônio do "retentor" como consequência do recolhimento do tributo, é que se lhe recusa, por exemplo, legitimidade para buscar a repetição de valores indevidamente pagos (EREsp n. 417.459-SP, 1ª Seção, Min. Franciulli Netto, DJ de 11.10.2004). E, por essa mesma razão, deve ser reconhecida a impossibilidade de que se lhe dirijam impugnações relativas à cobrança do tributo (no caso, questionamento sobre a base de incidência), bem como o correlato pedido de restituição do indébito.

Sendo assim, no caso concreto, somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos de eventual condenação, porque é ele o único titular das pretensões contra as quais se insurge a autora. Com efeito, a distribuidora não teria como, por decisão sua, atender ao pedido de exclusão do montante relativo à operação de demanda contratada da base impositiva do ICMS, já que se trata de exigência imposta não por ela, mas sim pela Fazenda. Da mesma forma, não

poderia - e nem haveria como exigir que o fizesse - restituir ao consumidor final da energia elétrica os valores recebidos a esse título e que foram imediatamente repassados ao Estado.

Evidencia-se, assim, a ilegitimidade da distribuidora para figurar no pólo passivo da demanda. Entre os pedidos formulados na inicial, apenas o referente à exclusão das faturas de energia elétrica do montante relativo ao ICMS alegadamente indevido acarreta uma atuação da empresa, a qual, no entanto, é apenas efeito material reflexo da sentença de procedência, sem repercussão em direito seu, ao qual, por conseguinte, não tem ela interesse em oferece qualquer resistência.

Na hipótese dos autos, portanto, tendo sido a demanda proposta contra o Fisco Estadual e a concessionária de energia elétrica, deve ser reconhecida a ilegitimidade dessa para figurar no pólo passivo do processo, razão pela qual o acórdão recorrido merece reforma.

2. Passo ao exame do recurso da demandante. No que toca à alegada ofensa ao art. 25 da Lei Estadual n. 4.217/1989, não pode ser conhecido o recurso especial no ponto, uma vez que demanda análise do direito local referido, o que faz incidir, por analogia, o óbice constante da Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal (por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário).

Quanto à apontada violação ao art. 116, II, do CTN, também não pode ser conhecido o recurso, porque não houve, pelo acórdão recorrido, emissão de juízo acerca da matéria a que se refere esse dispositivo. Assim, à falta do indispensável prequestionamento, não pode ser o recurso especial conhecido, incidindo, por analogia, a Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

3. Merece ser conhecido o recurso no que concerne à alegada ofensa aos arts. 2º, VI, e 19 do Convênio n. 66/88, que tratam, respectivamente, do fato gerador do ICMS e da base de cálculo da exação nas operações que envolvam o fornecimento de energia elétrica, questões estas suficientemente prequestionadas pelo acórdão recorrido.

Segundo orientação traçada em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção, não incide o ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica. Nesse sentido, são os seguintes precedentes: REsp n. 343.952-MG, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 17.6.2002; AgRg no Ag n. 707.491-SC, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 28.11.2005; REsp

n. 222.810-MG, 1ª Turma, Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 15.5.2000; REsp n. 647.553-ES, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 23.5.2005, esse último, no qual proferi o voto-vista acima transcrito, assim ficou ementado:

Tributário. Recursos especiais interpostos por Companhia Vale do Rio Doce - CVRD e Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa. ICMS. Energia elétrica. Demanda reservada ou contratada. Aplicação ao fato gerador. Impossibilidade. Base de cálculo do ICMS. Valor correspondente à energia efetivamente utilizada. Precedentes. Art. 116 do CTN. Art. 19 do Convênio n. 66/88. Concessionária de energia elétrica. Ilegitimidade passiva para figurar em causa em que se examina forma de cálculo de ICMS.

(...)

3. Consoante o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada - apura-se o ICMS sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida.

4. Apenas com a transferência e a tradição da energia comercializada se tem como existente a obrigação tributária concernente ao ICMS (art. 116, II do CTN e art. 19 do Convênio n. 66/88).

5 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

6 - O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

7 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

8. Recurso especial da Escelsa S/A conhecido e provido, para o efeito de reconhecer a sua ilegitimidade passiva para o feito. Recurso especial da *Companhia Vale do Rio Doce* conhecido e provido.

Não foi esse o entendimento adotado pelo acórdão recorrido, que deve ser, portanto, reformado.

4. A autora requer, na inicial, que a restituição dos valores seja acrescida de juros de mora e correção monetária, contados a partir dos pagamentos indevidos até sua efetiva devolução (fl. 14).

Com relação à incidência de juros na restituição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção, pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei n. 9.250/1995, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula n. 162-STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula n. 188-STJ), nos termos do art. 167, § único, do CTN; (b) após a edição da Lei n. 9.250/1995, aplica-se a Taxa Selic desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.1.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a Selic inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real. Assim se decidiu, entre outros, nos julgados REsp n. 524.143-MG, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 15.9.2003; ADREsp n. 364.035-SP, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 16.6.2003; REsp n. 462.710-PR, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 9.6.2003; EREsp n. 267.080-SC, 1ª Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.11.2003.

Na hipótese dos autos, em que ainda não ocorreu o trânsito em julgado, são incabíveis os juros de mora de 1% ao mês, sendo devidos apenas os juros previstos no art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995, a partir de 1º.1.1996.

5. Está assentada nesta Corte a orientação segundo a qual são os seguintes os índices a serem utilizados na repetição ou compensação de indébito tributário: (a) IPC, de março/1990 a janeiro/1991; (b) INPC, de fevereiro a dezembro/1991; (c) Ufir, a partir de janeiro/1992; (d) Taxa Selic, desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.1.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a Selic inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real. (AGREsp n. 331.665-SP, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 2.12.2002; REsp n. 270.901-SP, 2ª Turma, Min. Peçanha Martins, DJ de 11.11.2002; REsp n. 202.140-SP, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ em 8.5.2000; REsp n. 337.634-RJ, 1ª Turma, Min. Garcia Vieira, DJ de 25.2.2002 e AGREsp n. 230.198-RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 4.2.2002), com observância dos seguintes índices: janeiro/1989 (42,72%), fevereiro/1989 (10,14%), março/1990 (84,32%), abril/1990 (44,80%), maio/1990, (7,87%) e fevereiro/1991 (21,87%). Nesse sentido: REsp n. 418.644-SP, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 5.8.2002; EDREsp n. 424.154-SP, 1ª Turma., Min. Garcia Vieira, DJ de 28.10.2002; REsp n. 286.788-SP, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003; REsp n. 267.080-SC, 2ª Turma, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 26.5.2003.

Portanto, nesses moldes a correção monetária deve se fazer.

6. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial de Escelsa, para excluí-la do pólo passivo da ação, fixando os honorários advocatícios a ela devidos pela autora em 10% do valor corrigido da causa; e conheço parcialmente do recurso especial da autora e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento para (a) afastar a exigibilidade do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica; (b) determinar que o Estado do Espírito Santo não mais proceda a tal cobrança; (c) condenar o Estado do Espírito Santo à restituição dos valores recolhidos a tal título, acrescidos de juros e correção monetária, nos termos acima explicitados. Fixo os honorários advocatícios em 10% do valor corrigido da causa. Custas proporcionalmente divididas entre as partes. É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: O tema em exame está voltado para a discussão sobre ser devido ou não ICMS sobre demanda reservada de potência de energia elétrica, bem como a restituição das quantias pagas a maior em decorrência de pagamentos efetuados a tal título.

O relator deu provimento ao recurso especial da empresa Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa para excluí-la do polo passivo da demanda. A seguir, deu provimento ao recurso especial da autora, na parte conhecida, para afastar a exigibilidade do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, determinando, conseqüentemente, que cobrança a tal respeito não seja feita, condenando, ainda, o Estado do Espírito Santo a restituir os valores recolhidos indevidamente, tudo acrescido de juros, correção monetária e honorários advocatícios.

Solicitei vista dos autos para reexaminar a matéria, tendo em vista memoriais que recebi das empresas de energia elétrica e de eminentes Procuradores de alguns Estados.

Não posso deixar de reconhecer, em primeira linha de observação, a profundidade com que o assunto foi examinado na elaboração dos memoriais que me foram apresentados. Por essa razão dediquei a eles o máximo de atenção, estudando-os minuciosamente e refletindo sobre as razões apresentadas, todos objetivando fixar entendimento contrário ao assentado no voto do relator do presente recurso especial e em decisões já tomadas pelas 1ª e 2ª Turmas deste STJ sobre o assunto (REsp n. 343.952-MG, 2ª T, Rel.. Min. Eliana Calmon,

DJ de 17.6.2002, AgRg n. 707.491-SC, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28.11.2005; REsp n. 222.810-MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 15.5.2000, 1ª T.; REsp n. 647.553-ES, 1ª T., Rel. Min. José Delgado).

Reafirmo, após o reexame da questão, o acatamento à jurisprudência do STJ, na linha do assinalado.

As razões que me levam a confirmar o convencimento já exposto são as seguintes:

a) o ICMS está previsto, de modo genérico, no art. 155, II, da CF, que determina: “Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”;

b) a energia elétrica, segundo conceituação de doutrinadores especialista no assunto, é um “fenômeno físico de movimento de elétrons em um condutor submetido a diferença de potencial/tensão nas extremidades”, pelo que é tida como bem móvel e caracterizada como mercadoria para fins de incidência do ICMS e IPI, pelo Código Civil e pelo Código Penal;

c) o ICMS, segundo Roque Antônio Carraza (ICMS, Ed. Malheiros, 10ª ed., p. 34-35) compreende “cinco impostos diferentes, a saber: a) o imposto sobre operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias), que, de algum modo compreende o que nasce da entrada de mercadorias importadas do exterior; b) o imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) o imposto sobre serviços de comunicação; d) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica; e e) o imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais”;

d) incide, conseqüentemente, o ICMS sobre a produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de energia elétrica (art. 155, §§ 2º, X, **b**, e 3º da CF);

e) de acordo com o comando constitucional, as hipóteses de incidência do ICMS só podem ser o fato de uma pessoa, em sede de negócio jurídico, produzir, importar, fazer circular, distribuir ou consumir energia elétrica;

f) a Carga Magna de 1988 não considerou o negócio jurídico denominado de “*demandada contratada de potência elétrica*” como hipótese de incidência do ICMS;

g) demanda contratada de potência elétrica não é circunstância fática que possa ser considerada igual à caracterizada pelo consumo de energia elétrica;

h) demanda contratada de potência elétrica, primeiramente, “diz respeito ao fluxo de energia exigida, ou seja, está relacionada ao perfil de consumo, não se confundindo com o consumo propriamente dito” (entendimento posto no memorial apresentado por Procuradores do Estado, cujo texto está em meus arquivos);

i) demanda de potência elétrica representa uma grandeza física distinta de consumo, conforme afirmação de Cesar Augusto da Silva Fonseca, Marcos Antônio da Silva Carneiro e Sérgio Borges Silva, em “Demanda contratada de potência elétrica (...)”, texto presente no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id.=8879>;

j) “o consumo de energia elétrica nada mais é do que a quantidade de energia elétrica absorvida por uma instalação, que pode ser medida, por exemplo, em KWh (quilowatt-hora) ou em MWh (megawatt-hora). A demanda de potência elétrica representa a relação entre energia e tempo, podendo ser entendida com a medida do fluxo da energia consumida na instalação. A unidade de medida usual é o KW, que significa mil Watts. A similitude entre as siglas KWh (energia) e KW (demanda) causa confusão até mesmo aos mais experimentados. Do ponto de vista conceitual, energia e demanda estão intimamente relacionados. No entanto, do ponto de vista físico, são grandezas completamente distintas e que não se prestam a comparações quantitativas. Seria como comparar um quilograma (Kg) de arroz com um metro de corda. Qual o maior?” (Citação de Cesar Augusto da Silva Fonseca e Outros, art. já citado);

k) embora não seja possível, mesmo sendo grandezas completamente distintas, fazer comparações quantitativas entre demanda e consumo, no plano físico, no plano jurídico não se constata essa impossibilidade;

l) se, como demonstrado, demanda e consumo são fatos completamente diferentes, a lei, ao escolher como hipótese de incidência do ICMS apenas consumo, fez expressa opção para a tanto não considerar a demanda;

m) demanda de potência ativa, segundo definição posta no site <http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/paginas/gci>, acessado em 16.2.2007, “é a potência que o sistema elétrico da concessionária deve dispor para atender às instalações elétricas da unidade consumidora. Em outras palavras, isto significa os equipamentos (linhas de transmissão, cabos, transformadores, etc)

que a concessionária deve possuir para este atendimento, o que pode significar investimentos, reforços, etc, na rede. Com isso surge a demanda contratada que é a demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento”. Evidentemente, acrescento, demanda contratada de potência não pode, juridicamente, ser considerada como sendo consumo de energia;

n) o fato gerador do ICMS sobre energia elétrica, nos termos da LC n. 87/1996, é a saída da energia elétrica do estabelecimento gerador ou distribuidor para que seja usada por outro estabelecimento;

o) sendo o fato gerador do ICMS definido em lei, em homenagem ao princípio da legalidade, outro fato (negócio jurídico) diferente do previsto na lei, por interpretação doutrinária e jurisprudencial, não pode ser considerado para que ocorra a tributação do ICMS;

p) em face do exposto, a mera formalização do contrato de demanda de potência não caracteriza fato gerador de ICMS, por não concretizar, materialmente, circulação de energia (mercadoria) consumida. É pacífica a afirmação doutrinária, também da jurisprudência, que, para ocorrência do fato gerador do ICMS, é necessária a efetiva circulação física e econômica da energia elétrica, o que leva à conclusão de que a simples disponibilidade de energia elétrica ao consumidor não impõe cobrança do ICMS;

q) imprescindível, portanto, que a energia elétrica seja efetivamente consumida para incidir o ICMS, que terá como base de cálculo o valor da energia consumida, como bem determina o art. 19 do Convênio n. 66/88: “A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de substitutos tributários, é o valor da operação da qual decorre a entrega do produto ao consumidor”.

Quanto aos demais aspectos jurídicos decididos pelo relator, estou, também, de pleno acordo com o voto que proferiu. Nada tenho a acrescentar, haja vista que o entendimento assentado está em harmonia como nosso ordenamento jurídico positivado.

Isso posto, em face dos fundamentos expendidos, voto, como fez o relator, pelo provimento parcial do recurso da autora e provimento do recurso adesivo da Escelsa.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 647.553-ES (2004/0030970-6)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Companhia Vale do Rio Doce
Advogado: Ricardo Bermudes Medina Guimarães e outros
Recorrente: Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa
Advogado: Lycurgo Leite Neto e outros
Recorrido: Os mesmos
Recorrido: Estado do Espírito Santo
Procurador: Klauss Coutinho Barros e outros

EMENTA

Tributário. Recursos especiais interpostos por Companhia Vale do Rio Doce - CVRD e Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa. ICMS. Energia elétrica. Demanda reservada ou contratada. Aplicação ao fato gerador. Impossibilidade. Base de cálculo do ICMS. Valor correspondente à energia efetivamente utilizada. Precedentes. Art. 116 do CTN. Art. 19 do Convênio n. 66/88.

Concessionária de energia elétrica. Ilegitimidade passiva para figurar em causa em que se examina forma de cálculo de ICMS.

1. Tratam os autos de ação ordinária proposta pela *Companhia Vale do Rio Doce - CVRD* contra a *Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa*, sendo posteriormente admitido como assistente litisconsorcial o *Estado do Espírito Santo*. Discute-se a cobrança de ICMS sobre “demanda contratada”, consistente em potencial de energia elétrica colocada à disposição de grandes clientes pela concessionária de energia, mediante contrato. Em primeira instância o pedido da CVRD - para calcular o ICMS apenas sobre a energia efetivamente utilizada - foi julgado improcedente, interposta apelação, foi denegada pelo aresto recorrido, pelo que resultaram os recursos especiais em apreciação. O da CVRD buscando assentar a tese apresentada em primeiro grau. O da Excelsa S/A aduzindo a sua ilegitimidade passiva para o feito. Admitidos, ambos os recursos vieram a exame.

2. Concessionária de energia elétrica não é sujeito passivo de obrigação tributária e contribuinte no que se refere ao ICMS, uma vez

que apenas repassa à Fazenda Pública o numerário obtido, razão pela qual não possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação cujo ponto controverso respeita à forma de apuração de ICMS decorrente de transmissão de energia.

3. Consoante o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contrada - apura-se o ICMS sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida.

4. Apenas com a transferência e a tradição da energia comercializada se tem como existente a obrigação tributária concernente ao ICMS (art. 116, II do CTN e art. 19 do Convênio n. 66/88).

5 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

6 - O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

7 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

8. Recurso especial da *Escelsa S/A* conhecido e provido, para o efeito de reconhecer a sua ilegitimidade passiva para o feito. Recurso especial da *Companhia Vale do Rio Doce* conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

prossequindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki e a reformulação de voto dos Srs. Ministros Relator e Francisco Falcão para acompanhá-lo, por unanimidade, dar provimento a ambos os recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Luiz Fux.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 5 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 23.5.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recursos especiais (fls. 486-499 e 643-664) interpostos, respectivamente, pela *Companhia Vale do Rio Doce - CVRD* e, adesivamente, pela *Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa*, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal de 1988, em face de acórdão proferido pelo TJ-ES, assim ementado (fl. 440)

(A) Processual Civil e Tributário. Ilegitimidade passiva. Concessionária de energia elétrica. Cerceamento de defesa. ICMS. Energia elétrica. Demanda contratada. Fato gerador caracterizado. Incidência.

(B) Apelo adesivo. Ausência de interesse recursal. Honorários advocatícios.

(A) 1. A concessionária de energia elétrica é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação ajuizada pelo contribuinte de fato em face do credor tributário para discutir a incidência, ou não, de ICMS sobre energia elétrica, pois a decisão a ser proferida naquela ação repercutirá em sua esfera jurídica (da concessionária de energia elétrica) por ser ela a contribuinte de direito do referido tributo (ICMS).

2. Incorre cerceamento de defesa no julgamento antecipado da lide quando a matéria discutida é unicamente de direito, apresentando-se desnecessária a produção de outras provas, além daquelas oferecidas com a peça vestibular e/ou com a contestação.

3. Nasquelas hipóteses de fornecimento de energia elétrica nas quais fique estabelecido, por meio de contrato, o fornecimento de quantidade pré-estabelecida de energia elétrica (demanda contratada), a hipótese de incidência tributária configura-se no momento de colocação daquela (energia elétrica) à

disposição do consumidor, no ponto de entrega convencionado (subestação), momento no qual ocorre a transferência de titularidade da mercadoria, não importando qual o destino lhe dará o consumidor (utilizar ou deixar se perder).

4. Constituído-se a base de cálculo da energia elétrica o valor da operação da qual decorre a entrega do produto ao consumidor (art. 34, § 9º, ADCT), o ICMS deve incidir sobre a totalidade da demanda contratada.

(B) 1. Tem a parte interesse recursal em majorar os honorários advocatícios fixados na sentença ainda que tenha postulado genericamente a condenação em honorários (advocatícios), sem especificar percentual ou valor.

2. Não observadas, na fixação dos honorários advocatícios, as circunstâncias estabelecidas no § 3º, do art. 20, do Código de Processo Civil, devem ser majorados os honorários advocatícios.

Opostos embargos declaratórios pela CVRD (fls. 462-473), restaram os mesmos assim espelhados (fl. 478):

Embargos de declaração. Discordância da parte com o julgado. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. Finalidade. Reexame da matéria.

1. Eventual discordância da parte com o julgado não caracteriza omissão, contradição ou obscuridade ensejadoras de embargos de declaração, consoante estabelece o art. 535, do Código de Processo Civil, mas, sim, mera irresignação com a decisão impugnada.

2. Os embargos declaratórios, na hipótese, tem por finalidade o reexame da matéria decidida, o que não é possível nessa via recursal.

Tratam os autos de ação ordinária proposta pela *Companhia Vale do Rio Doce – CVRD* contra a *Espírito Santo Centrais Elétricas S/A – Escelsa*, sendo posteriormente admitido como assistente litisconsorcial o *Estado do Espírito Santo*. Discute-se a cobrança de ICMS sobre “demanda contratada”, consistente em potencial de energia elétrica colocada à disposição de grandes clientes pela concessionária de energia, mediante contrato.

A exordial requereu (fls. 4-17): a) o reconhecimento de que a “demanda contratada” não se confunde com a energia elétrica efetivamente consumida, uma vez que esta é mensurada por meio de medidores próprios; b) a declaração de que não incide ICMS sobre valores pagos a título de “demanda contratada” ajustada entre as partes; c) abstenção da ré de proceder cobrança de ICMS sobre “demanda contratada”, não a incluindo na fatura de energia elétrica; d) restituição do que foi indevidamente cobrado entre março/1989 e junho/1995, acrescidos de juros de 1% e correção monetária.

A sentença considerando que (fl. 299) “não há como se descartar que a energia tenha sido gerada, fornecida e entregue exclusivamente à autora, no ponto de entrega por ela determinado” julgou improcedentes os pedidos da Companhia Vale do Rio Doce - CVRD, condenando-a ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Interposta apelação (fls. 312-320) pela autora e apelação adesiva (fls. 366-371) pela ré *Escelsa*, o Tribunal *a quo*, à unanimidade, negou provimento à primeira e deu parcial provimento à segunda, por entender que (fls. 432-437 e 440-460): a) a *Escelsa* é legitimada passiva, por ser contribuinte de direito do ICMS e por ter a autora deduzido pretensão diretamente contra a concessionária, consistente na obrigação de se abster de incluir, nas faturas de energia elétrica, a cobrança do ICMS sobre a “demanda contratada”; b) pelos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, aceita-se que o Estado do Espírito Santo figure no pólo passivo da lide, apesar de não ter sido inicialmente demandado, assumindo o ônus de ser atingido pelos efeitos da sentença judicial; c) não houve cerceamento de defesa no julgamento antecipado da lide, pois a questão de mérito cinge-se à incidência, ou não, de ICMS sobre a “demanda contratada”, matéria unicamente de direito; d) a concessionária de energia pôs à disposição no ponto de entrega a energia elétrica contratualmente acertada, havendo, inclusive, pagamento à *Escelsa* pela sua simples disponibilidade, independente de consumo; e) no momento em que a energia elétrica é posta à disposição há transferência da mercadoria, não importando, para fins de ICMS, a efetiva utilização; f) tendo em vista o princípio da isonomia, a natureza, a importância da causa (cinquenta mil reais) e o zelo profissional, é devida a elevação do valor da verba honorária para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Opostos embargos declaratórios (fls. 462-473) apontando omissão e contradição, os mesmos foram conhecidos e não providos (fls. 478-484).

Nessa via recursal, aponta-se negativa de vigência aos seguintes dispositivos:

Recurso Especial da Companhia Vale do Rio Doce – CVRD (fls. 486-499):

- *Do Código Tributário Nacional* (116, II)

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

- *Do Convênio n. 66/88 (Anexo)*

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas;

Art. 19 A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor.

Recurso Especial Adesivo da Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa (fls. 643-664):

- *Do Código Tributário Nacional:*

Art. 119. Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento.

- *Do Código de Processo Civil*

Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

A CVRD assim fundamenta o seu recurso: a) o fato gerador do ICMS é a efetiva entrega/consumo da energia ao consumidor e não a simples disponibilidade; b) o convênio e a lei estadual atestam expressamente que o fato gerador do ICMS só ocorre com a transferência de propriedade (consumo) da mercadoria objeto da operação de circulação; c) o art. 116 do CTN tem aplicação apenas quando o legislador omite-se quanto ao aspecto temporal da hipótese de incidência, o que não é o caso, pois o Convênio n. 66/88 e normas complementares fixam o marco temporal na entrega da energia ao consumidor.

Em sede de contra-razões a Escelsa (fls. 566-611) assevera que: a) o Convênio Interestadual n. 66/88 e a Lei Estadual n. 4.217/1989 tratam de direito local, não desafiando análise pelas instâncias superiores, conforme Súmula n. 280-STF; b) o art. 116 do CTN não foi prequestionado.

O Estado do Espírito Santo, também contra-arrazoando o Recurso Especial da CVRD, pugna pela manutenção do acórdão impugnado.

Por sua vez, o apelo extremo da Escelsa afirma que: a) a concessionária de energia elétrica não é legitimada passiva para figurar na lide, por limitar-se a arrecadar o tributo a mando do Estado e segundo alíquota e base de cálculo por ele definidas em lei específica; b) sua não-exclusão do pólo passivo importa em violação dos mencionados artigos do diploma adjetivo civil.

Em suas contra-razões, a CVRD protesta pela legitimidade passiva da concessionária de energia elétrica.

Interposto Recurso Extraordinário pela Companhia Vale do Rio Doce - CVRD (fls. 544-556).

Decisão da Vice-Presidência do TJ-ES, às fls. 719-721, admitindo os Recursos Especiais e o Recurso Extraordinário da CVRD.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Tal como o exposto, a *Companhia Vale do Rio Doce - CVRD* e, adesivamente, a concessionária de energia elétrica *Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa*, apresentaram os recursos especiais em apreciação.

A matéria controvertida, como antes indicado, é pertinente à legalidade de apuração do ICMS segundo o critério de “demanda contratada ou reservada”, mediante o qual a base de cálculo do tributo é o valor referente ao *quantum* de energia elétrica disponibilizado à consumidora, assim entendido, *in casu*, como sendo a remessa e a entrega do bem em suas instalações, independentemente da existência do efetivo uso. Essa a tese acolhida pelo acórdão recorrido.

A tese oposta, defendida pela CVRD, procura afirmar o entendimento de que o cálculo do ICMS somente deve considerar a energia que, realmente, houver sido utilizada.

Em primeiro, examino o recurso especial interposto por Escelsa S/A, no qual, em síntese, a empresa busca o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, aduzindo para tanto que, no procedimento de cálculo e recolhimento do ICMS, figura tão-somente como executora das prescrições normativas emanadas do Estado, ao qual são destinados os valores arrecadados.

Essa argumentação se mostra passível de acolhimento na medida em que a instituição concessionária não é sujeito passivo da obrigação tributária e contribuinte do ICMS. Com efeito, na qualidade de substituta tributária (art. 34, § 9º, das Disposições Constitucionais Transitórias), apenas, calcula, exige e repassa à Fazenda Pública, mensalmente, o numerário fiscal obtido.

Dessarte, a pretensão da Escelsa S/A apresenta elementos que conduzem à procedência do pedido.

Analiso o apelo especial da *Companhia Vale do Rio Doce*, assinalando que no pólo passivo do recurso consta o Estado do Espírito Santo e *Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa*.

Sustenta a empresa, em resumo, que a apuração do valor de ICMS deve ser limitada à quantidade de energia elétrica que efetivamente houver sido utilizada, não podendo ser considerado, para esse fim, o total de energia que, contratualmente, tenha sido objeto de fornecimento, independentemente de seu uso.

Nesse sentido, impõe-se consignar que as razões articuladas na peça de inconformismo estão em sintonia com a exegese que a Corte aplica à questão, no sentido de que o ICMS, nos serviços de transmissão de energia elétrica, somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida. Essa interpretação resulta da compreensão que se aplica ao conceito de fato gerador, bem como do momento de sua ocorrência. Na espécie, apenas com a transferência e a tradição do bem comercializado se tem como existente a obrigação tributária, tal como se extrai das normas reguladoras da questão em julgamento:

- *Código Tributário Nacional (116, II)*

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

- *Convênio n. 66/88*.

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas;

Art. 19 A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor.

Afasta-se, assim, a apuração de ICMS que se ampare no conceito de produto reservado ou apenas disponibilizado. Confira-se os precedentes:

Tributário. ICMS. Energia elétrica: demanda reservada. Fato gerador art. 116, II, do CTN). 1. A aquisição de energia elétrica para reserva, formalizada por contrato, não induz à transferência do bem adquirido, porque não se dá a tradição. 2. Somente com a saída do bem adquirido do estabelecimento produtor e o ingresso no estabelecimento adquirente é que ocorre o fato gerador do ICMS (art. 19 Convênio n. 66/88) e art. 166, II, do CTN. 3. Recurso especial provido. (REsp n. 343.952-MG, DJ 17.6.2002, Rel. Min. Eliana Calmon).

Tributário. ICMS. Energia elétrica. Contrato de demanda reservada de potência. Fato gerador. Incidência.

1 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

2 - O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

3 - O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos.

4 - Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.

5 - A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

6 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

7 - Recurso conhecido e provido por maioria.

8 - Voto vencido no sentido de que o ICMS deve incidir sobre o valor do contrato firmado que garantiu a “demanda reservada de potência”, sem ser considerado o total consumido. (REsp n. 222.810-MG, DJ 15.5.2000, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

A propósito, nesse último julgado (REsp n. 222.810-MG, DJ 15.5.2000), emiti voto-vista (vencedor) de seguinte teor:

Entendo que, no trato da questão jurídica discutida nos autos, a razão está com a recorrente.

Assim posiciono-me por compreender que o ICMS incide sobre o valor da energia elétrica que tenha sido concretamente consumida pela empresa, em virtude de que somente essa quantidade é que deve ser considerada como utilizada.

O fato gerador do imposto, por conseguinte, consolida-se no exato momento em que a energia sai da fornecedora, circula e entra no estabelecimento do consumidor.

Com razão, portanto, a fundamentação de fls. 665-667:

A análise do ordenamento jurídico pátrio é bastante clara quanto ao marco de tempo em que se dá por ocorrido o fato gerador da circulação da mercadoria energia elétrica. Se não, vejamos:

Dispõe o art. 2º do Convênio n. 66/88 que ocorre o fato gerador do ICMS:

(...)

VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou à utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas;

Destarte, percebe-se que se eleger, nesta modalidade de incidência do ICMS, o momento da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador como o marco de tempo hábil a demarcar a incidência da norma jurídico-tributária. Assim, antes da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador, não há como se reputar ocorrido o fato gerador.

Vejamos, agora, como a legislação trata o tema da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador, pois como ressaltou Walter Tolentino Alvares,

O transporte de energia elétrica envolve todas as atividades desde a subestação elevadora, junto às usinas geradoras, através das linhas transmissoras até atingir as sub-estações abaixadoras, que representam o limite entre o transporte e a distribuição, que se inicia com a rede primária.

Portanto, a pergunta que se deve fazer é quando se reputa acontecida a saída da mercadoria energia elétrica do estabelecimento gerador, pois a partir daí já se tem por consumado o fato gerador. A resposta é inequivocamente fornecida pelas normas técnicas expedidas pelo Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAEE), notadamente a Portaria n. 222, de 22.12.1987:

Art. 8º - O ponto de entrega da energia será a conexão do sistema elétrico do concessionário com as instalações de utilização de energia do consumidor, devendo situar-se no limite da via pública com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora (...).

A confirmar que no momento da passagem da energia pelo ponto de entrega dá-se a saída de tal mercadoria do estabelecimento gerador, dispõe indubitavelmente o parágrafo único do artigo supracitado:

Parágrafo único: Até o ponto de entrega de energia, será de responsabilidade do concessionário elaborar o projeto, executar as obras necessárias ao fornecimento e participar financeiramente, nos termos da legislação respectiva, bem como operar e manter o sistema.

Ora, enquanto a energia permanece nas linhas de transmissão da concessionária, sem ingressar no ponto de entrega da Recorrente, a legislação é clara ao afirmar que ainda não ocorreu a saída da mercadoria do estabelecimento gerador, e, deste modo, ainda não se pode reputar ocorrido o fato gerador.

Mesmo porque, se se reputasse ocorrida a saída antes da energia transpor os pontos de entrega, tal saída ocorreria sem discriminação de qualquer usuário, pois a corrente flui pelas linhas de transmissão sem destinatário específico. Assim, até mesmo por óbice lógico, impede-se que se eleja momento anterior à entrega da energia ao consumidor, como marco temporal hábil a reputar como ocorrido o fato gerador.

Outro dispositivo legal corrobora *in totum* este raciocínio, o de que a saída se dá nos pontos de entrega, e a partir de então reputa-se consumado o fato gerador. Trata-se do art. 19 do Convênio n. 66/88, que define a base de cálculo desta modalidade do ICMS:

Art. 19 - A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente a operações anteriores e posteriores, na condição de substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, a base de cálculo se destina a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no aspecto material da hipótese de incidência. Pois bem: no presente caso, a base de cálculo irá medir, por assim dizer, a intensidade do ato de circular a mercadoria energia elétrica, através do valor, em dinheiro, da operação “da qual decorrer”, “*nota bene*”, “a entrega do produto ao consumidor”.

Ponham reparo os doutos julgadores que o legislador qualificou a operação cujo valor servirá de base de cálculo à exaço. Não se trata de qualquer operação, mas somente daquela da qual decorrer a entrega do produto ao consumidor. Logo, é avesso à qualquer lógica jurídica supor que uma operação de que não resulte entrega do produto possa servir de base de cálculo ao imposto.

Assim, como são nítidos *in casu* dois valores correspondentes a duas situações fáticas distintas (numa, fornecimento de energia, noutra, garantia de potência), e uma destas situações não chega a configurar o fato gerador do ICMS, somente caberá falar da incidência do imposto sobre o valor da operação de que resultou a entrega de energia - e não daquela que resultou mera garantia de potência.

De outra face, comungo com a posição adotada pelas razões de fls. 668-672, no referente à aplicação do art. 116, do CTN, no caso em apreço:

Colendos Julgadores, dois graves empecilhos impedem a conclusão de que o artigo 116, II deve ser aplicado da forma como o foi pelo Acórdão recorrido: o primeiro consiste no fato de que se supôs erroneamente que a “situação jurídica” sobre a qual incide o ICMS seja o contrato de compra e venda da mercadoria, e não a circulação da mesma. Tal posicionamento equivoca-se na medida em que concebe o ICMS como um imposto sobre negócios jurídicos, e não como um imposto sobre a circulação de mercadorias (*in casu*, circulação de energia elétrica).

Se fosse o ICMS imposto sobre o “tráfego jurídico”, a incidir sobre negócios jurídicos como contratos e outros instrumentos, aí sim seria lícito compor sua base de cálculo com o valor total do adimplemento, desimportante o fato de ter havido efetiva circulação das mercadorias. Ocorre, todavia, que o ICMS, na modalidade ora examinada, tem como fato gerador não a celebração de contratos, mas a circulação da mercadoria energia elétrica. Ora, tendo em vista que o momento em que se reputa acontecido este fato gerador (aspecto temporal) é a entrega da energia ao consumidor que a utilizará, enquanto tal não ocorrer não se poderá falar em incidência do mandamento jurídico-tributário, e, portanto, incabível a cobrança do imposto.

O segundo empecilho é que não reparou o Acórdão recorrido na fase inaugural do “*caput*” do artigo 116 do CTN: “Salvo disposição de lei em contrário”. Veja-se:

Art. 116 - Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes seus efeitos:

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável.

Como bem observou Paulo de Barros Carvalho em seu Curso, o artigo 116 do CTN tem aplicação quando o legislador se omite quanto ao aspecto temporal da hipótese de incidência:

Quando a previsão hipotética referir-se à situação jurídica (inc. II), ter-se-á por ocorrida no instante em que, na forma do direito aplicável, esteja definitivamente configurada.

A explicação não estaria completa se não assinalássemos a cláusula inicial do preceito - Salvo disposição de lei em contrário. Implica reconhecer que o marco temporal do acontecimento pode ser antecipado ou diferido tanto na contingência do inc. I (situação de fato) quanto na do inc. II (situação jurídica). São matizes de fraseologia jurídica que revelam a liberdade de que desfruta o político ao construir as realidades normativas.

Ora, como visto acima, tal omissão sobre o aspecto temporal não ocorreu no que diz respeito ao desenho da regra-matriz do ICMS sobre energia elétrica, pois dispositivos do Convênio ICMS n. 66/1988 e normas complementares fixaram inequivocamente na entrega da energia ao consumidor o marco temporal em que se reputa ocorrido o fato gerador do ICMS incidente sobre tal operação.

Na obra do Professor Luciano Amaro também encontramos uma clara indicação de que o Acórdão recorrido incidiu em equívoco na aplicação do art. 116, II do CTN:

O Código Tributário Nacional enuncia preceito, no art. 116, que implica a distinção entre os fatos geradores que se traduzem numa situação de fato e os que correspondam a uma situação jurídica. Essa discriminação objetiva identificar o momento em que se considera ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos.

Não quer o Código, por certo, ao distinguir entre situações de fato e de direito, dizer que as primeiras não tenham repercussão jurídica (o que seria uma contradição, na medida em que dão nascimento

à obrigação jurídica de pagar tributo). Trata-se, porém, de fatos (ou circunstâncias fáticas) que podem não ter relevância jurídica para efeito de uma dada relação material privada, mas, não obstante, são eleitos para determinar no tempo o fato gerador do tributo. Num dado acontecimento, que pode desdobrar-se em várias fases, a lei pode escolher uma determinada etapa deste acontecimento para o efeito de precisar, no tempo, o instante em que o fato gerador se tem por ocorrido e no qual, portanto, tem-se por nascida a obrigação tributária.

Assim, por exemplo, a saída de mercadoria do estabelecimento mercantil configura uma etapa do processo de circulação da mercadoria, eleita pela lei para o efeito de precisar a realização do fato gerador do ICMS, não obstante tal fato (a saída) possa não ter maior relevância no plano do direito comercial: a transmissão da propriedade (*traditio*) pode já ter se operado se a mercadoria já tiver sido entregue no interior do estabelecimento), ou só vir a configurar-se posteriormente (p. ex., no domicílio do destinatário). Mas o fato da saída da mercadoria (do estabelecimento comercial) é eleito pela lei como suporte fático do tributo.

Assim, é totalmente equivocado o uso que fez o Acórdão recorrido do art. 116, II do CTN, devendo-se no presente Recurso Especial corrigir-se tal distorção operada quanto ao direito federal. Com efeito, a correta aplicação do direito no caso em tela deve contemplar as normas jurídicas que traçam os aspectos material e temporal da exação em comento: o art. 155, § 3º da CF/1988, os arts. 1º, 2º e 19 do Convênio n. 66/1988 (expedido em conformidade com o art. 34, § 8º do ADCT da CF/1988), e ainda as normas complementares encontráveis na Portaria n. 222 do DNAEE. Tais normas, tendo definido com total especificidade o momento em que se reputa ocorrido o fato gerador nas operações de fornecimento de energia elétrica, impedem que o art. 116 do CTN tenha a dimensão que lhe deu o Acórdão recorrido.

O Acórdão recorrido aplicou o art. 116 do CTN sem prestar a devida atenção às normas tributárias que definem o aspecto temporal do ICMS nas operações de fornecimento de energia elétrica, como se o art. 116 pudesse ser aplicado independentemente das normas tributárias que regulam o tributo específico. Além disso, considerou-se erroneamente que o ICMS tem por fato gerador o que Luciano Amaro chama de “instrumentação de um negócio jurídico”, negócio este identificado com a compra e venda da energia. Ora, o ICMS não grava o negócio jurídico da compra e venda (não é imposto sobre contratos ou sobre o tráfico jurídico), mas grava as operações de circulação de mercadorias, no caso a circulação da energia, sendo que se encontra na legislação federal, como exaustivamente

comprovado, a eleição do momento de ocorrência do fato gerador - saída da energia elétrica das linhas de transmissão da concessionária e entrada no estabelecimento do consumidor.

Da mesma forma se manifestou o Professor José Eduardo Soares de Melo que, explicando o real alcance do art. 116 do CTN, afirma:

O simples fato de a pessoa jurídica receber dinheiro em seu caixa, não significa a ocorrência do fato gerador do imposto de renda, uma vez que o contribuinte somente passa a ter tal obrigação na medida em que se verifica a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, ou proventos de qualquer natureza (art. 43 do CTN), apuráveis segundo regime de competência. Do mesmo modo, a configuração de uma situação jurídica pode não implicar fato gerador, quando a lei reputar necessária a observância de acontecimento físico, que é o caso de contrato de fabricação e venda de produto industrializado, com pagamento de seu preço, e à disposição do comprador, mas que ainda não foi por ele retirado, inocorrendo a “saída” do estabelecimento industrial (momento estipulado para incidência do IPI).

O exemplo do Professor José Eduardo Soares de Melo, quanto ao IPI, retrata muito bem o equívoco do Acórdão recorrido. Veja-se. Assim como a legislação do IPI definiu que o momento em que ocorre o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria industrializada do estabelecimento industrial, e não o momento da entabulação do contrato de fabricação e venda, a legislação do ICMS (dispositivos constitucionais, legais e infralegais acima citados) definiu que o momento de ocorrência do fato gerador do ICMS sobre a energia elétrica é saída da energia elétrica das linhas de transmissão da concessionária e entrada no estabelecimento do consumidor, e não o momento do fechamento do contrato de fornecimento de energia elétrica.

Na linha do acabado de afirmar, registro as seguintes manifestações:

a) Gilberto Ulhôa Canto, *in* “Direito Tributário Aplicado”, Rio de Janeiro, 1992, p. 125:

Feitas as considerações que precedem, posso concluir que o valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime do ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (art. 19, do Convênio ICM n. 66/88). E este é, sem a menor possibilidade de dúvida, o da energia elétrica efetivamente consumida, que corresponde, no caso da energia elétrica, ao valor da operação de que decorreu a saída, que é a energia consumida.

Em seguida, Ulhôa Canto aborda importantes aspectos da questão:

É de toda evidência que o ICMS incide sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, pois só ela pode ser considerada como entregue ao consumidor, ou, como simples alegoria, como tendo saído da linha de transmissão, e entrado no estabelecimento da consulente. Nem se pretenda que, estando obrigada a pagar pela energia contratada o consumidor deve considerá-la como preço do KWh para efeito de determinação da base de cálculo do ICMS, em vez do valor referente aos KWh realmente consumidos. Se assim fosse, estaríamos incorrendo em absurdo, até porque quem consumisse menos do que o contratado pagaria, pelo fornecimento de quantidades de KWh diferentes, um mesmo e único preço. Acresce que a diferença entre a maior quantidade de KWh contratados e a menor de KWh efetivamente consumidos não pode ser tratada como preço do que tiver sido consumido, pois este é objeto de tarifa fixada pelo Poder Público por unidade de KWh entregue ao consumo, preço esse que não pode ser excedido.

b) Rubens Gomes de Souza, *in* "IVC, ICM e Conferência de Bens Móveis ao Capital da Sociedade", RDP, vol. 2:

a saída física da mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, sendo irrelevante o título jurídico de qual tal saída decorra, e bem assim o fato desse título envolver ou não uma transferência de mercadoria.

Por fim, acrescento lição do saudoso Geraldo Ataliba, *in* "Hipótese de Incidência Tributária", SP, RT, 1991, p. 68:

Para o direito tributário é irrelevante a vontade das partes na produção de um negócio jurídico. Tal vontade é relevante, para os efeitos privados (negociais) do negócio. Para o direito tributário a única vontade relevante, juridicamente, é a vontade da lei, que toma esse negócio (ou ato unilateral privado) como fato, ao colocá-lo, como simples fato jurídico, na hipótese de incidência.

Em face do exposto, vinculo-me à argumentação desenvolvida pelo Des. Schalcher Ventura, ao proferir voto na AC n. 83.076/0, conforme noticiado às fls. 674:

Ora, no caso em questão, o contrato entre Cemig e Samarco existe somente para garantir uma demanda de energia elétrica, em face de grandes necessidades desta empresa, entretanto, esse contrato não altera a situação fática, mensurável de quantidade de energia elétrica

efetivamente gasta, sobre a qual se deve tributar o ICMS, sendo mesmo injusto, imotivado, cobrar da apelante o que efetivamente não gastou.

A cobrança de um tributo sem o correspondente fato gerador é ilegal, gerando mesmo enriquecimento sem causa por parte de quem cobra o que, sem dúvida, é vedado pelo bom senso, pelo Direito.

Esses os motivos sintéticos, mas lógicos, pelos quais entendo que não deve haver a cobrança de ICMS sobre a “demanda reservada de potência”, que obrigatoriamente não é utilizada pela apelante, mas pela energia efetivamente utilizada e mensurável, concedendo, ainda, o direito de compensação de créditos oriundos de cobrança indevida, a fim de se impedir o locupletamento ilícito, sem causa, por parte da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, invertidas as custas e sucumbência”.

Isto posto, com a devida vênia, dou provimento ao recurso.

Pelo exposto, conheço do recurso especial adesivo interposto por *Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa*, para dar-lhe provimento.

Conheço e dou provimento ao recurso especial apresentado pela *Companhia Vale do Rio Doce - CVRD*, para o efeito de que, desconstituído o acórdão recorrido, seja considerado no cálculo do ICMS, tão-somente, o valor correspondente ao quantitativo de energia efetivamente consumida, ressarcindo-se, a partir desse critério, os valores fiscais que tenham sido recolhidos a maior, aplicado o percentual de juros de 1% ao mês.

É o voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil. Tributário. ICMS. Demanda contratada de energia elétrica. Não-incidência. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção. Ilegitimidade da concessionária, responsável pelo desconto na fatura e pelo repasse ao Fisco dos valores referentes ao ICMS devidos pelo consumidor final, para figurar no pólo passivo de ação de repetição de indébito.

1. Segundo orientação traçada em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção, não incide o ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica.

2. À concessionária de energia elétrica atribui-se o dever de arrecadar, mediante cobrança na fatura dos consumidores finais, o

ICMS incidente sobre a operação, e de repassá-lo ao Fisco. Sendo neutra a sua posição na relação tributária propriamente dita, a concessionária não pode figurar como parte passiva em demandas em que se questiona a legitimidade da cobrança do tributo e se pede a restituição de quantias já pagas.

3. Recurso especial da CVRD provido, acompanhando o relator.

4. Recurso especial da Escelsa provido, divergindo do relator.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Cuida-se, originariamente, de ação movida pela Companhia Vale do Rio Doce - CVRD em face de Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa objetivando o reconhecimento da inexistência de ICMS sobre os valores pagos a título de demanda contratada, bem assim a restituição das quantias pagas do imposto no período de março de 1989 a junho de 1995. Após reconsiderar a decisão que admitira a denunciação da lide ao Estado do Espírito Santo, para determinar sua inclusão no pólo passivo na qualidade de assistente litisconsorcial, o juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido (fls. 296-302). O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo negou provimento à apelação da autora e deu provimento à apelação adesiva da Escelsa, para fixar os honorários advocatícios devidos a esta última em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), alinhando os seguintes fundamentos: (a) deve ser mantida a concessionária no pólo passivo da ação, “porque a decisão (...) repercutirá em sua esfera jurídica, haja vista ser ela (Escelsa) a contribuinte de direito do ICMS” (fl. 445) e porque um dos pedidos formulados, consistente na não-inclusão nas faturas do valor relativo ao ICMS sobre a demanda contratada, foi dirigido diretamente contra ela; (b) “a hipótese de incidência tributária do ICMS sobre a energia elétrica (circulação de mercadoria) não se confunde com o consumo”, sendo que “a empresa distribuidora (na hipótese, a Escelsa), ao adquirir da empresa geradora a energia elétrica necessária a suprir as necessidades do consumidor (na hipótese, a CVRD) e ao colocar à sua disposição, no ponto de entrega (saída), faz circular física (pela linha de transmissão) e juridicamente (compra e venda) a mercadoria, havendo, naquele momento da colocação da energia elétrica à disposição do consumidor, no ponto de entrega, a transferência de titularidade da mercadoria” (fls. 452-453). Contra esse acórdão dirigem-se dois recursos especiais.

No primeiro (fls. 486-499), a CVRD, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, aponta, além de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 116, II, do CTN, 2º, VI, e 19 do Convênio ICMS n. 66/88 e 25 da

Lei Estadual n. 4.217/1989, aduzindo, em suma, que (a) “considerando-se que i) a situação jurídica sobre a qual incide o ICMS decorre da circulação de mercadoria, *in casu*, energia elétrica, e que ii) o momento em que se reputa acontecido o fato gerador (aspecto temporal) é a efetiva entrega/consumo da energia ao consumidor que a utilizará, forçoso concluir que a simples disponibilização de energia elétrica, sem a entrega/consumo do bem, não constitui fato gerador do imposto” (fl. 489); (b) a base de incidência do tributo é o valor da energia efetivamente consumida. Pede a restituição dos valores pagos desde 1989, “acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês e de correção monetária, contados a partir do pagamento indevido” (fl. 499).

No segundo, adesivo, Escelsa, também amparada nas alíneas **a** e **c**, indica ofensa aos arts. 3º e 267, VI, do CPC, sustentando, fundamentalmente, que (a) simplesmente arrecada, nas faturas de energia elétrica, o ICMS, repassando-o ao Estado, e respondendo perante este, em caso de não-recolhimento, nos moldes do art. 121, II, do CTN, não detendo a condição nem de sujeito ativo, nem de sujeito passivo da relação jurídica tributária; (b) somente o Estado, credor do tributo, está legitimado a suportar os efeitos das pretensões materiais veiculadas na ação; (c) nenhum dos pedidos afeta direito próprio da concessionária, que é, assim, terceiro juridicamente indiferente, atingida apenas por efeitos fáticos secundários da sentença. Aponta dissídio entre o entendimento adotado no acórdão recorrido e aquele esposado em julgados desta Corte e do TJ-RS em que reconheceu a ilegitimidade de concessionária de energia para figurar no pólo passivo de ação em que se discute a exigibilidade do ICMS. Busca sua exclusão do pólo passivo da ação.

O relator, Min. José Delgado, deu provimento ao recurso da CVRD e negou provimento ao da Escelsa, à consideração de que (a) “concessionária de energia elétrica é sujeito passivo de obrigação tributária e contribuinte no que se refere ao ICMS, calculando, exigindo e destinando à Fazenda Pública o numerário obtido, razão pela qual possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação cujo ponto controverso respeita à forma de apuração de ICMS decorrente de transmissão de energia”; (b) “consoante o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada - apura-se o ICMS sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida”; (c) “a garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato

gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado”.

Foi acompanhado pelo Min. Francisco Falcão.

Após pedir vista dos autos, o Min. Luiz Fux declarou seu impedimento.

Pedi vista.

2. Não pode o recurso da CVRD ser conhecido pela alínea **a** do permissivo constitucional. Isso porque (a) sobre a norma inserta no art. 116, II, do CTN, único dispositivo de lei com relação ao qual há indicação da forma como teria sido violado, não houve emissão de juízo pelo acórdão recorrido, faltando-lhe, pois, o necessário prequestionamento; (b) não houve a indicação da forma como teriam sido ofendidos os demais dispositivos legais - em decorrência, provavelmente, da falta de uma parte das razões recursais (páginas 11 a 15); (c) o art. 25 da Lei Estadual n. 4.217/1989 consubstancia direito local, atraindo a incidência, por analogia, da orientação posta na Súmula n. 280-STF. Dele conheço, porém, pela alínea **c**, uma vez que evidenciado o dissídio.

3. Acompanho o voto do relator, quanto ao reconhecimento da não-incidência do ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica, tendo em vista que a orientação aí adotada tem respaldo em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção.

4. Divirjo, no entanto, no que diz respeito à legitimidade passiva da Escelsa. Sacha Calmon Navarro Coelho, referindo-se à hipótese de retenção na fonte, distingue a responsabilidade tributária (em que o responsável é sempre partícipe de uma relação jurídica de débito) da obrigação de reter e repassar tributo (cujo sujeito não é, em princípio, partícipe de uma relação tributária de débito, mas mero agente de arrecadação, por ter à sua disposição o dinheiro de terceiros, em razão de circunstâncias extratributárias), nos seguintes termos:

Quanto aos “retentores de tributo” (retenção na fonte), estes são pessoas obrigadas pelo Estado a um ato material de fazer (fazer a retenção do imposto devido por terceiro). Devem, assim, reter e recolher ao Estado o tributo devido. Não são sujeitos passivos de incidência tributária, mas antes sujeitados a uma potestade administrativa. Podem, entretanto, se a lei de cada tributo assim dispuser, ficar “responsáveis” pelo tributo não-recolhido. Neste caso, formarão uma espécie diferenciada de “responsáveis” por dívida tributária alheia. O fator de sub-rogação será o inadimplemento do dever de reter. (*Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 727).

Discorrendo especificamente sobre a sistemática de imposição do ICMS incidente nas operações de consumo de energia elétrica, sustenta, a seu turno, Roque Antonio Carrazza, não deter a empresa distribuidora a condição de contribuinte do imposto, mas sim de mera responsável pelo seu recolhimento, que faz em nome e por conta do consumidor final:

(...) Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode *consumir* uma energia elétrica anteriormente *produzida e distribuída*.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não pode ser equiparada a um comerciante atacadista, que revende a mercadoria de seu estoque para varejista ou, mesmo, para consumidor final.

De fato, a energia elétrica não é um bem susceptível de ser “estocado” pela empresa distribuidora, para ulterior revenda, quando surjam possíveis interessados em adquiri-la.

Na verdade, só há falar em operação jurídica relativa à circulação de energia elétrica no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

(...)

Logo, o tributo levará em conta todas as fases anteriores (produção, circulação, distribuição) que tornaram possível o consumo da energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia suficiente para ensejar *incidências* isoladas, mas *apenas uma*, tendo por sujeito passivo o consumidor final de energia elétrica.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é — e nem pode vir a ser — contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta *mercadoria*. Não, porém, quando se limita a *interligar a fonte produtora ao consumidor final*. Este é que é o *sujeito passivo* da obrigação tributária, na condição de *contribuinte de direito* e, ao mesmo tempo, de *contribuinte de fato*.

(...)

Com isto não estamos absolutamente sustentando que a distribuição de energia elétrica é intributável por meio de ICMS. Isto, diga-se de passagem, contraria a própria Carta Magna. Estamos simplesmente enfatizando que tal

tributação, em face das peculiaridades que cercam a *circulação de energia elétrica*, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica é consumida.

A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de “responsável” pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, *paga tributo a título alheio*, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: *contribuinte de direito* (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e *contribuinte de fato* (porque suporta a carga econômica do tributo).

Reforçando argumentos já exibidos, a distribuidora “adianta” o ICMS devido - agora sim - pelo verdadeiro sujeito passivo: o consumidor final. É, em linguagem mais técnica, responsável tributária, na exata acepção do art. 121, parágrafo único, II, do CTN. (*ICMS*, 9ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2002, pp. 197-199).

Sobressai das lições transcritas que, seja qual for o *nomen juris* que se dê àquele que arrecada e entrega ao Fisco, seguindo instruções deste, no mais das vezes sob pena de responsabilidade pessoal, tributo cujo ônus é suportado por terceiro, certa é a sua absoluta neutralidade ou indiferença frente à exigência tributária. Por conta dessa indiferença, traduzida na inexistência de qualquer alteração no patrimônio do “retentor” como consequência do recolhimento do tributo, é que se lhe recusa, por exemplo, legitimidade para buscar a repetição de valores indevidamente pagos (EREsp n. 417.459-SP, 1ª Seção, Min. Franciulli Netto, DJ de 11.10.2004). E, por essa mesma razão, deve ser reconhecida a impossibilidade de que se lhe dirijam impugnações relativas à cobrança do tributo (no caso, questionamento sobre a base de incidência), bem como o correlato pedido de restituição do indébito.

Sendo assim, no caso concreto, somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos de eventual condenação, porque é ele o único titular das pretensões contra as quais se insurge a autora. Com efeito, a distribuidora não teria como, por decisão sua, atender ao pedido de exclusão do montante relativo à operação de demanda contratada da base impositiva do ICMS, já que se trata de exigência imposta não por ela, mas sim pela Fazenda. Da mesma forma, não poderia - e nem haveria como exigir que o fizesse - restituir ao consumidor final da energia elétrica os valores recebidos a esse título e que foram imediatamente repassados ao Estado.

Evidencia-se, assim, a ilegitimidade da distribuidora para figurar no pólo passivo da demanda. Entre os pedidos formulados na inicial, apenas o referente

à exclusão das faturas de energia elétrica do montante relativo ao ICMS alegadamente indevido acarreta uma atuação da empresa, a qual, no entanto, é apenas efeito material reflexo da sentença de procedência, sem repercussão em direito seu, ao qual, por conseguinte, não tem ela interesse em oferece qualquer resistência.

5. Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso especial da CVRD, acompanhando, no particular, o voto do relator; todavia, divergindo daquele voto, também dou provimento ao recurso especial de Escelsa, para excluí-la do pólo passivo da ação, fixando os honorários advocatícios a ela devidos pela autora em 10% do valor corrigido da causa. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 960.476-SC (2007/0136295-0)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Monteguti Indústria Comércio e Transportes Ltda.

Advogado: Felipe de Souto e outro(s)

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procurador: Ricardo de Araújo Gama e outro(s)

EMENTA

Tributário. ICMS. Energia elétrica. Demanda de potência. Não incidência sobre tarifa calculada com base em demanda contratada e não utilizada. Incidência sobre tarifa calculada com base na demanda de potência elétrica efetivamente utilizada.

1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp n. 222.810-MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.5.2000), é no sentido de que “o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos”, razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, “a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica

não caracteriza circulação de mercadoria”. Afirma-se, assim, que “o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa”.

2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que “não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência”. Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, *a contrario sensu*, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.

3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução Aneel n. 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.

5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Francisco Falcão, Castro Meira, Humberto Martins e Benedito Gonçalves, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram, oralmente, os Drs. Igor Mauler Santiago, pela recorrente, Luiz Dagoberto Brião, pelo recorrido, Miriam Lavocat (Terceiros interessados: Confederação Nacional da Indústria - *amicus curiae*) e Vanessa Saraiva de Abreu (Terceiros interessados: Estado de Minas Gerais - *amicus curiae*).

Brasília (DF), 11 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 13.5.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial (fls. 692-701) interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que confirmou sentença denegatória de mandado de segurança, que objetivava ver reconhecida a inexigibilidade do ICMS sobre o valor correspondente à demanda reservada de potência elétrica. O acórdão foi assim ementado:

Apelação cível em mandado de segurança. Tributário. Demanda contratada. Incidência de ICMS. Possibilidade. Disponibilização de potência. Serviço prestado. Art. 155, IX, **b**, da Constituição Federal e Resolução n. 456/00 da Aneel. Recurso desprovido.

Consoante o item IX, da Resolução n. 456/00, da Aneel, a demanda contratada corresponde à “*demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW)*”.

Ex vi do art. 155, IX, **b**, da Magna Carta, incide o ICMS “*sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios*”. (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 05.038964-0, de Blumenau, Rel. Francisco Oliveira Filho, DJ 15.3.2006).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 175-180). No recurso especial, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos artigos 2º, VI e 19 do Convênio n. 66/88, aos artigos 2º, I, 12, I e 13, I da LC n. 87/1996 e ao artigo 116, II, do CTN, sustentando, em síntese, que (a) “é ilegal a exigência do ICMS sobre o valor total do contrato de fornecimento por demanda contratada, se a empresa contratante não consumir toda a energia elétrica que este ajuste lhe assegura”, (...) porque “a legislação aplicada à espécie só permite que a energia elétrica efetivamente consumida seja tributada pelo ICMS” (fl. 192); (b) “por si só, a formalização do contrato de compra de fornecimento de energia elétrica, (...) não caracteriza circulação de mercadoria,

eis que o fato gerador do ICMS não se configura *in casu* com o simples pacto, há que se materializar o negócio jurídico na efetiva circulação física ou econômica da mercadoria em termos de seu real consumo” (fls. 192-193); (c) “é avesso a qualquer lógica jurídica supor que uma operação de que não resulte entrega do produto possa servir de base de cálculo ao imposto”, já que “a base de cálculo do ICMS devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor” (fl. 194).

Em contra-razões (fls. 234-247), o Estado de Santa Catarina alega, essencialmente, que, segundo o sistema normativo que organiza a política tarifária de energia elétrica vigente em nosso País, no caso de consumidores do Grupo a que pertence a Impetrante, a tarifa é calculada levando em consideração também a demanda de potência elétrica contratada, a qual, portanto, integra o preço da operação que serve de base de cálculo do ICMS. Ou seja: “o ICMS incide sobre toda a operação de fornecimento de energia, que inclui o valor tanto da demanda de potência contratada, como da demanda de ultrapassagem e do encargo de capacidade emergencial, o que remete à denegação da segurança” (fls. 246-247).

Por decisão de fls. 267, conferiu-se ao recurso o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008. Intimados a participar como *amici curiae*, manifestaram-se pelo improvimento:

(a) o Estado de Alagoas (fls. 366-399), sustentando que (I) “o fato gerador de ICMS é a circulação de mercadoria (operação comercial de compra e venda) e se materializa no momento da transmissão da propriedade do bem” (fl. 398); (II) “a base de cálculo típica do ICMS na venda de energia elétrica é o preço da compra pelo consumidor, já que esse é o valor consignado na fatura emitida pela concessionária, agregando todos os custos desde a geração até a entrega da mercadoria ao usuário final” (fl. 399). Requer, ainda, “a oitiva de peritos na matéria (...) a serem recolhidos nos quadros do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) a fim de responderem questões cruciais para o deslinde do caso” (fl. 397-398);

(b) o Estado de Santa Catarina (fls. 401-411), aduzindo que (I) “o valor da demanda de potência faz parte do preço cobrado pela Celesc, e este integra a base de cálculo do ICMS, porquanto o valor da operação é o preço cobrado pelo fornecimento efetivado” (fl. 405); ou, (II) “no mínimo, é necessário reconhecer que o ICMS incide sobre o consumo efetivo de ‘energia elétrica’ e de ‘demanda de potência’ efetivamente consumida=utilizada” (fl. 409);

(c) o Estado de Tocantins (fls. 415-424), afirmando que “a base de cálculo do ICMS nas operações tributadas com energia elétrica equivale ao valor total da operação, que não representa o custo da mercadoria isoladamente considerada, pressupondo, na verdade, todos os elementos envolvidos na circulação econômica da mercadoria, razão pela qual se inclui em tal montante tributável a parcela do preço pertinente à ‘demanda contratada’ (fl. 423);

(d) os Estados do Acre, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima, Sergipe e o Distrito Federal (fls. 519-531 e fls. 568-591), alegando que (I) “se a base de cálculo do imposto é o valor da operação, o valor da energia consumida e o da potência contratada utilizada, ainda assim, não se revelariam suficientes para traduzir o valor real do negócio jurídico subjacente, que pressupõe a incorporação de todos os elementos que são adicionados ao custo da mercadoria, para formação do preço final e somente assim é atendida a correlação lógica que deve existir entre o fato gerador e o montante sobre o qual deve incidir o imposto” (fl. 528); (II) “a exclusão do componente tarifário da base de cálculo do imposto, nas aquisições feitas pelos grandes consumidores, implica dispensar-lhes tratamento privilegiado, pois os demais, inclusive os residenciais, arcam com seu pagamento, segundo esclarece a Aneel: *As tarifas do ‘Grupo B’ são estabelecidas somente para o componente de consumo de energia, em reais, por megawatt-hora, considerando que o custo da demanda de potência está incorporado no custo do fornecimento de energia em megawatt-hora*’ (Cadernos temáticos, 4, 2005), só não sendo objeto de medição porque as variações verificadas no perfil de consumo não são de modo a exigir alterações substantivas no dimensionamento do sistema elétrico” (fl. 529).

Também na condição de *amicus curiae*, manifestou-se pelo provimento do recurso a Confederação Nacional da Indústria - CNI (fls. 597-606), aduzindo, essencialmente, que “a hipótese de incidência da exação ora discutida não acontece em relação àquilo que foi contratado e não foi consumido, vez que não há, nessa hipótese, circulação de mercadoria” (fl. 603).

Por fim, o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 636-641, pugna “pela remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal para exame e atendimento da prestação excepcional vindicada” (fl. 641), ao argumento de que (I) “a matéria jurídica (...) debatida remete a (...) natureza constitucional”; (II) “o fato de que a quantidade de processos que envolvem a referida matéria tem

aumentado exponencialmente, o que detém considerável importância, já que a multiplicidade de processos cuja matéria a este se assemelha pode gerar graves consequências para os municípios e Estados-membros” (fl. 640).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Inicialmente, indefere-se o pedido de formulado pelo Estado de Alagoas, de “oitiva de peritos na matéria (...) a serem recolhidos nos quadros do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) a fim de responderem questões cruciais para o deslinde do caso”. Sua condição de *amicus curiae* não o habilita a formular pedido de produção de prova, ainda mais em sede de mandado de segurança já na fase de julgamento do recurso especial.

Cumprе observar, de qualquer modo, que a matéria técnica está suficientemente esclarecida, constando dos autos notas e pareceres a respeito. É de ser igualmente indeferido o pedido do Ministério Público, de remessa dos autos ao STF. Tratando-se de recurso especial, em que estão atendidos os requisitos de admissibilidade, cumpre ao STJ julgá-lo.

2. Quanto ao mérito, mantenho o entendimento manifestado em voto-vista proferido em caso análogo (REsp n. 586.120-MG), na sessão do dia 12.12.2007, nos seguintes termos:

2. A jurisprudência do STJ:

Sobre o tema aqui debatido, a jurisprudência firmada no STJ segue a linha de entendimento adotada no REsp n. 222.810-MG (1ª T., Min. José Delgado, DJ de 15.5.2000), assim ementado:

Tributário. ICMS. Energia elétrica. Contrato de demanda reservada de potência. Fato gerador. Incidência.

1 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

2 - O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

3 - O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos.

4 - Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.

5 - A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

6 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

7 - Recurso conhecido e provido por maioria.

8 - Voto vencido no sentido de que o ICMS deve incidir sobre o valor do contrato firmado que garantiu a “demanda reservada de potência”, sem ser considerado o total consumido.

Tal orientação foi seguida desde então por inúmeros julgados (AgRg no REsp n. 797.826-MT, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 21.6.2007; AgRg no Ag n. 828.282-SC, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 25.4.2007; REsp n. 840.285-MT, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 16.10.2006; AgRg no REsp n. 855.929-SC, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJ de 16.10.2006; REsp n. 838.542-MT, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 25.8.2006; REsp n. 343.952-MG, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 17.6.2002, entre outros, inclusive de minha relatoria, como, v.g.: REsp n. 972.843-RJ, 1ª T., DJ de 11.10.2007 e REsp n. 579.416-ES, 1ª T., DJ de 29.3.2007).

Não há como negar o acerto das premissas de ordem teórica que sustentam essa jurisprudência: “O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos”; “A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria”. Acertadas, também, as conclusões que daí se retira em relação ao ICMS sobre energia elétrica: “O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa”; “Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência”. Com efeito, veja-se.

3. Premissa (I) que justifica a jurisprudência: para efeito de ICMS, energia elétrica é mercadoria, e não serviço:

A tributação, por ICMS, das operações envolvendo energia elétrica está prevista no art. 155 da Constituição nos seguintes termos:

Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

O ADCT, no § 9º do seu art. 34, por sua vez, estabeleceu:

Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.

O artigo 19 do Convênio n. 66/88 refere-se à tributação da energia elétrica pelo ICMS, do seguinte modo:

A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor.

Percebe-se assim que, como afirmado, o sistema normativo trata a energia elétrica, para fins de incidência do ICMS, como *mercadoria* (ou seja, como um produto, um bem móvel) e não como *serviço*. Isso, aliás, não é novidade em nosso ordenamento jurídico. Também o art. 155, § 3º, do Código Penal equiparou a energia elétrica à coisa móvel (para fins de configuração do crime de furto), o art. 74, § 1º, do CTN a conceituou como produto industrializado (para o efeito de incidência do extinto imposto único) e o art. 83, I, do Código Civil considera como bens móveis as “*energias que tenham valor econômico*”. A doutrina especializada igualmente abona esse mesmo entendimento: CARRAZZA, Roque Antônio, “*ICMS*”, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 242; CANTO, Gilberto de Ulhôa, “*Direito Tributário Aplicado: pareceres*”, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 120; CAMPOS, Clever M., “*Introdução ao Direito de Energia Elétrica*”, São Paulo, Ícone, 2001, p. 68. Sendo assim, também nas operações envolvendo energia elétrica, o ICMS está submetido à regra geral instituída pela Lei Complementar n. 87/1996, ou seja, ele incide sobre as “*operações relativas à circulação de mercadorias (...)*” (art. 2º, I).

4. Premissa (II) que também justifica a jurisprudência: a energia elétrica só é gerada e só circula quando há consumo:

Há um dado da realidade que não pode ser ignorado: a energia elétrica é um bem insuscetível de ser armazenado ou depositado. Ela só é gerada para ser imediatamente consumida. Dito de outra forma: a energia elétrica é gerada porque é consumida. Não há geração e nem circulação sem que haja consumo. Por isso mesmo, não se pode conceber a existência de fato gerador de ICMS sobre operações de energia elétrica sem que haja a efetiva utilização dessa especial “mercadoria”. A propósito, eis o que dizem os especialistas:

O sistema elétrico nacional faz a conexão física de todos os geradores, transmissores, distribuidores e consumidores. Funciona, como já dito, analogamente a um sistema de “caixa único”, em um mesmo momento, recebe a energia de todos os geradores e alimenta todos os consumidores. Portanto, produção e consumo se dão instantaneamente, não havendo possibilidade de estoques entre os estágios intermediários de produção, transmissão e distribuição (CAMPOS, Cléver M., op. cit., p. 68).

No caso particular da eletricidade, a saída da usina, a entrega e o consumo coincide com a fabricação do produto e com o próprio consumo feito pelo usuário do serviço explorado pelo concessionário (ÁLVARES, Walter T., “Instituições de Direito da Eletricidade”, Ed. Bernardo Álvares, 1962, v. 2, p. 501).

Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas. O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída. A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende, ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque. É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser “estocado”, para ulterior revenda aos interessados. Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade). (...) Com isto estamos enfatizando que tal tributação, em face das peculiaridades que cercam o fornecimento de energia elétrica, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica, por força de relação contratual, sai do estabelecimento do fornecedor, sendo consumida (CARRAZZA, Roque, op. cit., p. 242-243).

Correta, portanto, repita-se, a jurisprudência firmada no STJ no sentido de que *“O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa”; “Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência”.*

5. Bases para compreensão da questão jurídica:

5.1. A demanda de potência elétrica

Há um outro dado da realidade física igualmente importante para a compreensão da questão jurídica em exame: quando há consumo de energia elétrica, há consumo de energia com certa *potência*. Potência é um atributo da energia elétrica relacionado, não propriamente com a quantidade consumida, mas com a *intensidade do consumo no tempo*. Na definição técnica da Resolução Aneel n. 456/2000 (que estabelece as *“condições gerais de fornecimento de energia elétrica”*), potência é a *“quantidade de energia elétrica solicitada na unidade de tempo, expressa em quilowatts (kW)”* (art. 2º, XXVII). A potência elétrica, portanto, é componente essencial e inseparável da operação de consumo de energia. Com efeito, o consumo se dá, invariavelmente, em certa *quantidade* de energia, medida e expressa em unidades de quilowatts-hora (kWh) (Resolução Aneel n. 456/2000, art. 2º XII) e com certa *intensidade no tempo*, o que demanda energia com a correspondente *potência elétrica*, medida e expressa em quilowatts (kW).

O que determina a quantidade e a potência elétrica a serem utilizadas no consumo da energia são as necessidades do consumidor: há consumidores que demandam pequena quantidade e em pequena intensidade de tempo, há os que demandam maiores quantidades mas em menor intensidade, há os que demandam pequenas quantidades mas em maior intensidade e há os que demandam grandes quantidades e com grande intensidade. Por outro lado, no que toca à concessionária, quanto maior a demanda de potência do consumidor, maiores os investimentos (adequado dimensionamento de redes, transformadores e outros equipamentos e serviços), necessários para a disponibilização da energia.

5.2 Classificação dos consumidores segundo o perfil do consumo:

Justamente pela diversidade dos perfis e do modo de consumir energia, o sistema normativo, ao disciplinar o fornecimento de energia e a fixação das correspondentes tarifas, dividiu os consumidores em dois grandes grupos, segundo as respectivas demandas de potência. Dispõe, a propósito, o Decreto n. 62.724/1989 (que *“estabelece normas gerais de tarifação para as empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica”*):

Art. 2º Para fins de análise de custo do serviço e fixação de tarifas, as classes de consumidores de que trata o art. 177, Capítulo VII, Título IV, do Decreto n. 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, deverão ser grupadas da seguinte forma:

1 - Grupo A; consumidores ligados em tensão igual ou superior a 2.300 volts;

2 - Grupo B; consumidores ligados em tensão inferior a 2.300 volts.

Dispõe também o Decreto, em seu art. 9º:

Art. 9º O fornecimento de energia elétrica a unidades consumidoras do Grupo A, com tarifas reguladas, deverá ser realizado mediante a celebração de contrato entre o concessionário ou permissionário de serviço público de energia elétrica e o respectivo consumidor, e às unidades consumidoras do Grupo B será realizado sob as condições do contrato de adesão.

Como se percebe, o fornecimento de energia elétrica é sempre precedido de um contrato entre concessionária e consumidor, contendo, entre outras cláusulas, a da demanda de potência elétrica, sendo que os consumidores do Grupo B (que demandam menor potência) celebram um contrato de adesão e os demais, do Grupo A (que demandam maior potência), celebram um contrato específico, para atender às suas específicas necessidades. As cláusulas e condições desse contrato são as previstas no art. 23 da Resolução Aneel n. 456/2000, entre elas as que dizem respeito à potência de energia elétrica demandada pelo consumidor e que deverá ser disponibilizada pela concessionária. São as cláusulas relativas à *demanda de potência*. Essa Resolução traz, em seu artigo 2º, definições que elucidam o tema:

Art. 2º. Para os fins e efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições mais usuais:

(...)

III - Consumidor: pessoa física ou jurídica, ou comunhão de fato ou de direito, legalmente representada, que solicitar a concessionária o fornecimento de energia elétrica e assumir a responsabilidade pelo pagamento das faturas e pelas demais obrigações fixadas em normas e regulamentos da Aneel, assim vinculando-se aos contratos de fornecimento, de uso e de conexão ou de adesão, conforme cada caso.

(...)

V - Contrato de adesão: instrumento contratual com cláusulas vinculadas às normas e regulamentos aprovados pela Aneel, não podendo o conteúdo das mesmas ser modificado pela concessionária ou consumidor, a ser aceito ou rejeitado de forma integral.

VI - Contrato de fornecimento: instrumento contratual em que a concessionária e o consumidor responsável por unidade consumidora do Grupo "A" ajustam as características técnicas e as condições comerciais do fornecimento de energia elétrica.

(...)

VIII - Demanda: média das potências elétricas ativas ou reativas, solicitadas ao sistema elétrico pela parcela da carga instalada em operação na unidade consumidora, durante um intervalo de tempo especificado.

IX - Demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW).

6. Delimitação do alcance da jurisprudência do STJ: distinção entre demanda de potência contratada e demanda de potência efetivamente utilizada:

É importante atentar para a definição de demanda contratada: é a demanda de potência ativa, expressa em quilowatts (kW), a ser “*disponibilizada pela concessionária*” ao consumidor, “*conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento*”, que pode ou não ser “*utilizada durante o período de faturamento*”. Demanda de potência contratada, bem se vê, não é demanda utilizada, e, se não representa demanda de potência elétrica efetivamente utilizada, não representa energia gerada e muito menos que tenha circulado. A simples disponibilização da potência elétrica no ponto de entrega, ainda que gere custos com investimentos e prestação de serviços para a concessionária, pode constituir - e efetivamente constitui - *fato gerador da tarifa do serviço público de energia*, mas certamente não constitui *fato gerador do ICMS*, que tem como pressuposto indispensável a efetiva geração de energia, sem a qual não há circulação. Ora, é fenômeno da realidade física, já se disse, que não há geração de energia elétrica sem que haja consumo. Daí o acerto, mais uma vez, da jurisprudência do STJ: a demanda de potência de energia simplesmente contratada ou mesmo disponibilizada, mas ainda não utilizada, não está sujeita à incidência de ICMS, porque o contrato ou a disponibilização, por si sós, não constituem o fato gerador desse tributo.

Entretanto, isso não significa dizer que o ICMS *jamaiz* pode incidir sobre a tarifa correspondente à demanda de potência elétrica. Tal conclusão não está autorizada pela jurisprudência do Tribunal. O que a jurisprudência afirma é que nas operações de energia elétrica o fato gerador do ICMS não é a simples *contratação* da energia, mas sim o seu efetivo *consumo*. Por isso se afirma que, relativamente à demanda de potência, a sua *simples contratação* não constitui fato gerador do imposto. Não se nega, todavia, que a potência elétrica efetivamente utilizada seja fenômeno incompatível ou estranho ao referido fato gerador. Pelo contrário, as mesmas premissas teóricas que orientam a jurisprudência do STJ sobre o contrato de demanda, levam à conclusão (retirada no mínimo *a contrario sensu*) de que a potência elétrica, quando efetivamente utilizada, é parte integrante da operação de energia elétrica e, como tal, compõe sim o seu fato gerador.

Do que até aqui se expôs, é evidente a importância de fazer a devida distinção entre demanda de potência *contratada* e demanda de potência *efetivamente utilizada*. Assim como a energia ativa (que, tecnicamente, é medida e expressa quantidade de quilowatts-hora (kWh) (Resolução Aneel n. 456/2000, art. 2º XII), também a potência elétrica utilizada no consumo está sujeita a medição, que, tecnicamente, se expressa em quilowatts - (kW) (art. 2º, XXVII).

7. Sistema brasileiro de fixação da tarifa de energia:

A medição da potência elétrica é atividade rotineira e indispensável em relação aos consumidores do Grupo A. É que, em relação a eles, que demandam potências especiais, a fixação da tarifa mensal de energia é estabelecida, não simplesmente pela quantidade de energia, mas também pelo modo como o consumo ocorre, vale dizer, pelos níveis e pelas condições de utilização da demanda de potência. A propósito, o já referido Decreto n. 62.724/1968, que define normas gerais de tarifação para as empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, dispõe, em seu art. 14 (redação dada pelo Decreto n. 86.463/1981):

O custo do serviço de fornecimento de energia elétrica deverá ser repartido, entre os componentes de demanda de potência e de consumo de energia, de modo que cada grupo ou subgrupo, se houver, de consumidores, responda pela fração que lhe couber.

Nessa linha, o art. 2º da Resolução n. 456/2000, referindo-se à estrutura tarifária (definida, no inciso XV, como “conjunto de tarifas aplicáveis às componentes de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência ativas de acordo com a modalidade de fornecimento”), dividiu os consumidores em dois grupos:

XXII - Grupo “A”: grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3 kV, ou, ainda, atendidas em tensão inferior a 2,3 kV a partir de sistema subterrâneo de distribuição e faturadas neste Grupo nos termos definidos no art. 82, caracterizado pela estruturação tarifária binômica e subdividido nos seguintes subgrupos:

- a) Subgrupo A1 - tensão de fornecimento igual ou superior a 230 kV;
- b) Subgrupo A2 - tensão de fornecimento de 88 kV a 138 kV;
- c) Subgrupo A3 - tensão de fornecimento de 69 kV;
- d) Subgrupo A3a - tensão de fornecimento de 30 kV a 44 kV;
- e) Subgrupo A4 - tensão de fornecimento de 2,3 kV a 25 kV;
- f) Subgrupo AS - tensão de fornecimento inferior a 2,3 kV, atendidas a partir de sistema subterrâneo de distribuição e faturadas neste Grupo em caráter opcional.

XXIII - Grupo “B”: grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão inferior a 2,3 kV, ou, ainda, atendidas em tensão

superior a 2,3 kV e faturadas neste Grupo nos termos definidos nos arts. 79 a 81, caracterizado pela estruturação tarifária monômnia e subdividido nos seguintes subgrupos:

- a) Subgrupo B1 - residencial;
- b) Subgrupo B1 - residencial baixa renda;
- c) Subgrupo B2 - rural;
- d) Subgrupo B2 - cooperativa de eletrificação rural;
- e) Subgrupo B2 - serviço público de irrigação;
- f) Subgrupo B3 - demais classes;
- g) Subgrupo B4 - iluminação pública

Para os consumidores do Grupo B, que não necessitam de potência elétrica especial (e que, por isso, ajustam o fornecimento mediante contrato de adesão), ou que por outra razão foram incluídos em tal grupo, a tarifa mensal é determinada levando em conta um valor unitário fixo do quilowatt (kW), o qual não leva em consideração o modo como se dá o consumo, mas apenas a quantidade consumida no período. Daí a denominação de tarifa *monômnia*. Relativamente a esses consumidores, portanto, a medição do consumo se dá apenas por quantidade. Já para os consumidores do Grupo B, o valor da tarifa mensal leva em consideração, como já se disse, não apenas a quantidade de kWh consumida no período de faturamento, mas também o modo como esse consumo ocorreu nesse período. Nesse caso, o valor unitário de cada kW consumido leva em conta dois elementos (daí denominar-se tarifa *binômnia*), a saber: (a) um de valor unitário fixo, que é multiplicado pela quantidade de kWh consumida no período, e outro (b) de valor unitário variável, fixado de acordo com as condições de utilização da demanda de potência elétrica no período de faturamento, para o que se considera, entre outros fatores, (b.1) o horário do dia em que o consumo se deu (nos horários de ponta a energia é mais cara; de madrugada é mais barata), (b.2) o dia da semana em que ocorreu o consumo (nos dias úteis é mais cara; nos domingos e feriados é mais barata), (b.3) a época do ano em que a energia é consumida (em época de seca é mais cara; em período úmido é mais barata), e assim por diante. A especificação desses elementos de cálculo constam dos artigos 49 a 52 da Resolução Aneel n. 456/2000.

As definições das várias formas de composição dessa estrutura tarifária, constantes do art. 2º da Resolução Aneel n. 456/2000, ilustram o que se acaba de afirmar:

XVI - Estrutura tarifária convencional: estrutura caracterizada pela aplicação de tarifas de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência independentemente das horas de utilização do dia e dos períodos do ano.

XVII - Estrutura tarifária horo-sazonal: estrutura caracterizada pela aplicação de tarifas diferenciadas de consumo de energia elétrica e de demanda de potência de acordo com as horas de utilização do dia e dos períodos do ano, conforme especificação a seguir:

a) Tarifa Azul: modalidade estruturada para aplicação de tarifas diferenciadas de consumo de energia elétrica de acordo com as horas de utilização do dia e os períodos do ano, bem como de tarifas diferenciadas de demanda de potência de acordo com as horas de utilização do dia.

b) Tarifa Verde: modalidade estruturada para aplicação de tarifas diferenciadas de consumo de energia elétrica de acordo com as horas de utilização do dia e os períodos do ano, bem como de uma única tarifa de demanda de potência.

c) Horário de ponta (P): período definido pela concessionária e composto por 3 (três) horas diárias consecutivas, exceção feita aos sábados, domingos, terça-feira de carnaval, sexta-feira da Paixão, "Corpus Christi", dia de finados e os demais feriados definidos por lei federal, considerando as características do seu sistema elétrico." (Redação dada pela Resolução Aneel n. 090 de 27.3.2001)

d) Horário fora de ponta (F): período composto pelo conjunto das horas diárias consecutivas e complementares àquelas definidas no horário de ponta.

e) Período úmido (U): período de 5 (cinco) meses consecutivos, compreendendo os fornecimentos abrangidos pelas leituras de dezembro de um ano a abril do ano seguinte.

f) Período seco (S): período de 7 (sete) meses consecutivos, compreendendo os fornecimentos abrangidos pelas leituras de maio a novembro.

O que se quer salientar, com isso, é que, para efeito de faturamento da tarifa de energia consumida por unidades do Grupo A (em que o valor unitário do kWh consumido é composto também por um elemento variável), torna-se indispensável o permanente monitoramento do modo em que o consumo ocorre. Nesses casos, portanto, a medição da quantidade consumida (o que se faz por uma aparelhagem), e pela demanda potência elétrica utilizada no consumo (o que se faz por aparelhagem própria). Daí a distinção, feita expressamente no art. 2º da Resolução Aneel n. 456/2000, entre *demanda contratada* (estabelecida no inciso IX, já transcrito) e *demanda medida*, assim conceituada:

XII - Demanda medida: maior demanda de potência ativa, verificada por medição, integralizada no intervalo de 15 (quinze) minutos durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW)

É intuitiva a constatação, por isso mesmo, de que a demanda medida pode ser menor, igual ou maior do que a demanda contratada. É o que também decorre do mesmo art. 2º da Resolução, que estabelece no inciso X:

X - Demanda de ultrapassagem: parcela da demanda medida que excede o valor da demanda contratada, expressa em quilowatts (kW).

8. Ponto central da controvérsia e a solução cabível:

Verifica-se, do acima exposto, que, segundo o sistema vigente, o faturamento mensal da energia é proporcional à quantidade do consumo, devendo cada um dos elementos que compõem a tarifa ser especificamente discriminado na fatura. Todavia, nos casos em que se aplica a tarifação binômia (consumidores com maior demanda de potência elétrica), um dos elementos do valor unitário da tarifa é fixado levando em consideração, entre outros fatores, a demanda *contratada* de potência, salvo se esta for menor que a demanda medida, ou seja, salvo quando há demanda de ultrapassagem. Se os limites contratados forem excedidos, “*sobre a parcela da demanda medida que superar a respectiva demanda contratada, será aplicada a tarifa de ultrapassagem (...)*” (art. 56 da Resolução Aneel n. 456/2000), assim definida no inciso XXXVII do art. 2º:

XXXVII - Tarifa de ultrapassagem: tarifa aplicável sobre a diferença positiva entre a demanda medida e a contratada, quando exceder os limites estabelecidos.

Fica identificado, assim, o ponto central da controvérsia, que consiste, no fundo, em saber se, para efeito de composição da tarifa de energia elétrica aplicável sobre o consumo ocorrido no período de faturamento, é legítima a adoção do valor correspondente à demanda *simplesmente contratada*, caso este seja inferior ao da demanda medida (quando é superior, já se viu, o cálculo é feito pela *demanda medida*, com aplicação da *tarifa de ultrapassagem*); ou se, ao contrário, a fixação deve se dar *sempre* com base no valor da demanda elétrica *efetivamente medida*.

Ora, por tudo o que se viu, o modo de cálculo que leva em consideração o valor da demanda simplesmente contratada pode ser legítimo para efeito de fixação da *tarifa do serviço público* de energia. Todavia, para efeito de *base de cálculo de ICMS*, que supõe sempre o efetivo consumo, a fixação do valor da tarifa de energia deve levar em conta a demanda de potência efetivamente utilizada, como tal considerada a *demanda medida* no correspondente período de faturamento, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução Aneel n. 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

Cumpra registrar que esse mesmo entendimento é adotado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (v.g., Apelação em Mandado de Segurança n. 2007.035454-0, relator o Desembargador Francisco Oliveira Filho, julgado em 9.10.2007), onde, inclusive, foi objeto de recente súmula (Súmula n. 21, relator o Desembargador Luiz César Medeiros), cujo enunciado explicita adequadamente a matéria:

Incide ICMS tão-somente sobre os valores referentes à energia elétrica consumida (kWh) e à demanda de potência efetivamente utilizada (kW), aferidas nos respectivos medidores, independentemente do quantitativo contratado.

Também no mesmo sentido decide o Tribunal de Justiça da Paraíba, como se vê do Mandado de Segurança n. 999.2006.000859-9/01, relator o Desembargador Márcio Murilo da Cunha Ramos (DJ de 11.5.2007).

9. Decisão para o caso concreto

No caso dos autos, a autora é consumidora do Grupo A, mantendo com a concessionária, por isso mesmo, um contrato especial de fornecimento de energia elétrica. As condições de disponibilização de demanda de potência foram estabelecidas nos itens 1.2, 2.2 a 2.5, 3.2 e 3.3 do contrato (fls. 55 a 67), com as alterações constantes de posteriores termos aditivos (fls. 6.873 e fls. 74 a 77). O pedido formulado na inicial é *“para que se declare a inexistência de relação jurídica entre Autora e Réu que a obrigue ao pagamento do ICMS sobre os valores contratados de energia reservada e não consumida, bem como condene o Réu a restituir à Autora os valores pagos a esse título tal como demonstrado na planilha de notas fiscais em anexo”* (fls. 07). Examinado isoladamente e dependendo do modo como se interpreta tal pedido, ele até poderia encontrar respaldo nos fundamentos acima alinhados. Todavia, a extensão exata da pretensão da autora somente pode ser aferida com o exame dos fundamentos da inicial, notadamente na segunda parte do seu item 1.1, onde está afirmado o seguinte:

A demanda reservada consiste em uma reserva de potência de energia ou, em outras palavras, em potencial de energia elétrica colocado à disposição da Autora pela Cemig, cuja quantidade é estabelecida em contrato. O propósito de se contratar esta demanda reservada é o de propiciar à Autora a garantia de utilização de energia elétrica de acordo com suas necessidades, que podem variar, cabendo à concessionária realizar os investimentos e obras necessários para tanto, além de operar e manter todo o sistema.

A demanda reservada é mensurada periodicamente por meio de aparelho de medição próprio e exclusivo, separado do de consumo. Do mesmo modo, na nota fiscal emitida pela Cemig distingue-se a energia consumida da demanda reservada, destacando-se os valores de cada uma. Assim, pretende a Autora que o ICMS recaia somente sobre o valor da energia efetivamente fornecida pela Cemig e consumida, excluindo de sua base de cálculo o valor da energia compreendida no conceito de demanda reservada (...) (fls. 02-03).

Bem se vê, destarte, que a real pretensão da autora é haver a repetição do valor do ICMS incidente sobre a potência elétrica contratada (“reservada”),

sem, no entanto, considerar nem abater a parcela correspondente à potência efetivamente utilizada. Nessa compreensão, o pedido deve ser acolhido em parte, para condenar a demandada a restituir a parcela do ICMS sobre a parte da tarifa correspondente à diferença entre a potência elétrica contratada e a medida, quando esta for menor, conforme ficar apurado em liquidação (...)."

3. O caso dos autos é semelhante ao do precedente em que esse voto foi proferido. No curso da inicial, entre outros fundamentos, afirma a impetrante o seguinte:

No caso em tela, o tributo denominado ICMS recolhido pela Fazenda Estadual não deve incidir sobre a parte da conta de energia elétrica referente à "demanda constantes nas faturas de energia elétrica, pois esta não tem relação com o valor pago às concessionárias em função da energia efetivamente consumida no mês. O preço da "demanda" é fixado em função de um consumo presumível, baseado na potência dos aparelhos instalados pelo consumidor e que se refere à energia que a concessionária poderia ter sido chamada contratualmente a entregar ao consumidor.

A tarifa correspondente à "demanda", assim, visa somente a recompensar a concessionária pelo serviço público (fornecimento de energia elétrica) que, apesar de não ter sido prestado, foi posto à disposição do consumidor. A tarifa de "consumo", por sua vez, remunera o efetivo fornecimento de energia elétrica pela concessionária.

Portanto, a "demanda reservada de potência", por não constituir operação de circulação da mercadoria "energia elétrica", não é fato gerador do ICMS (fls. 07).

O pedido formulado no recurso especial, por sua vez, é o seguinte:

(...) com a procedência, seja permitido o recorrente, para efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, seja afastado da base de cálculo da exação em análise o valor pago do critério de Demanda Reservada ou Contratada, independentemente do efetivo consumo, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida (fls. 198).

Inobstante a dubiedade desse pedido (circunstância também verificada no pedido formulado na inicial – fls. 18), a demandante dá a entender que seria ilegítima a cobrança de ICMS sobre *todo e qualquer* valor relacionado a demanda reservada de potência, o que, conforme se viu, não procede. Com efeito, é perfeitamente legítima a incidência do tributo sobre o valor da tarifa correspondente à demanda reservada de potência contratada e *efetivamente*

consumida. O que é ilegítima, repita-se, é a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda reservada de potência simplesmente contratada mas *não utilizada* pelo consumidor.

Anoto que essa conclusão guarda consonância com a manifestação da Confederação Nacional da Indústria - CNI, como *amicus curiae*, a fls. 604:

A demanda contratada pelo grande consumidor de energia com a distribuidora de energia elétrica só é fato gerador do tributo em questão na medida em que o consumidor faz uso dessa energia, pois é só nessa medida que tem lugar a transferência, pressuposto do tributo *sub examen*.

Quando um consumidor industrial reserva uma certa quantidade de potência energética com a distribuidora e não chega a consumir toda essa monta, observa-se que, em relação à diferença, não ocorreu a condição necessária e suficiente para o nascimento da obrigação tributária

Em suma: o pedido da impetrante deve ser acolhidos em parte, para reconhecer indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas *não utilizada*.

4. Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial.

Considerando tratar-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado:

(a) aos Tribunais de Justiça (art. 6º da Resolução STJ n. 8/2008), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC;

(b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ n. 8/2008.

É o voto.

QUESTÃO DE ORDEM

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Sr. Presidente, especificamente sobre este recurso repetitivo, tenho algo a dizer.

No Superior Tribunal de Justiça, havia uma jurisprudência firmada de muitos anos, quando o Sr. Ministro Castro Meira trouxe um voto inteiramente divergente para esta Seção. A partir dessa divergência, o Sr. Ministro Teori

Albino Zavascki formulou seu voto, trazendo uma terceira hipótese, e foi julgado apenas naquela oportunidade. Ninguém mais discutiu sobre demanda reservada à luz do que o Sr. Ministro Castro Meira tinha exposto e à luz da tese do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Parece-me que essa questão não foi debatida, certamente que por mim não foi.

Questiono sobre colocarmos a questão no processo repetitivo antes de debatermos bastante a matéria.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Sr. Presidente, o tema é muito importante, os argumentos do Sr. Ministro Relator são muito fortes para as controvérsias que estão em múltiplos recursos do Tribunal, mas também as ponderações da Sra. Ministra Eliana Calmon têm que ser levadas em consideração.

Acompanho, portanto, o pensamento da Sra. Ministra Eliana Calmon.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Castro Meira: Sr. Presidente, a matéria tem sido bastante debatida. Já levamos esta questão à Turma, à Seção, o processo ficou suspenso e ouvimos o brilhante voto do Ministro Teori Albino Zavascki, cujas premissas, em muitos pontos, em quase todo o desenvolvimento, coincide com o voto-vista que eu havia também apresentado no Recurso Especial n. 586.120-MG.

Relembro o voto que proferi naquela ocasião, apenas fazendo breves achegas que me ocorreram posteriormente.

Começo por mostrar que o mercado de energia elétrica divide-se, atualmente, entre consumidores livres, que podem optar pelo fornecedor, e os consumidores cativos, que estão vinculados à concessionária que detém aquela exploração na área onde estão situados. A diferença substancial entre esses dois tipos de consumidores está na quantidade de energia demandada. Se a tensão de fornecimento for igual a três megawatts e 69.000 volts, adquire o consumidor a liberdade de escolher o fornecedor de sua energia, sendo possível a contratação de distribuidor de outra localidade ou até mesmo de produtor independente.

A questão da distribuição é coordenada e controlada pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico-ONS, se não me engano.

A Resolução n. 456 da Aneel dividiu os consumidores nesses dois grupos referidos. No grupo A, ficaram os consumidores livres, as grandes empresas, na verdade; e no grupo B os consumidores cativos.

Aos consumidores incluídos no grupo A, a resolução, embora confira a liberdade de escolha de fornecedor, obriga a contratação de uma reserva de potência.

Isso já foi explicado da tribuna como necessário para a preservação do próprio sistema. Se, em determinados momentos, houver uma procura excessiva, poderá acarretar a sobrecarga de energia com interrupção no fornecimento e prejuízo para todo o conjunto.

Então, vem daí a chamada “demanda contratada”, que está definida no art. 2º, inciso IX, da Resolução e que já foi lido. Relembro:

Demanda contratada é aquela demanda de potência ativa, obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária no ponto de entrega conforme o valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento expresso em quilowatts.

Quanto ao pagamento à concessionária de energia, não há nenhuma dúvida de que isso deverá ser feito nos termos da Resolução da Aneel:

Os consumidores cativos (Grupo B) são obrigados a aderir a contrato padrão. Não podem escolher o respectivo fornecedor (recebem energia da empresa que detiver a concessão da área) e, em razão do pequeno consumo, estão sujeitos à tarifa monômnia, vale dizer, pagam apenas pela energia efetivamente consumida.

Isso está também na resolução da Aneel, no inciso XXXV, quando diz que:

Tarifa monômnia: tarifa de fornecimento de energia elétrica constituída por preços aplicáveis unicamente ao consumo de energia elétrica ativa.

Já os consumidores livres (Grupo A) assinam contrato que deve conter uma série de especificidades, entre elas a demanda contratada. Esses consumidores devem aferir a potência instalada em seu estabelecimento, que é a “soma das potências nominais de equipamentos elétricos de mesma espécie instalados na unidade consumidora e em condições de entrar em funcionamento” (art. 2º, XXIX da Resolução), para então contratar com a fornecedora a respectiva demanda.

Aqui, já foi sublinhado muito bem a necessidade que têm os grandes consumidores de se aproximar o quanto possível desse montante, devido à tarifa de ultrapassagem.

Assim, a tarifa é binômia, já que abrange, além do valor da energia elétrica efetivamente consumida, o valor devido a título de demanda contratada, nos termos do art. 2º, XXXVI, da Resolução, que dispõe:

XXXVI - Tarifa binômia: conjunto de tarifas de fornecimento constituído por preços aplicáveis ao consumo de energia elétrica ativa e à demanda faturável.

É fácil perceber que, nesse sistema de tarifação, a empresa fornecedora coloca à disposição do consumidor energia para consumo imediato, bem como uma quantia de energia elétrica contratada, para uso a qualquer momento, comprometendo-se a não comercializá-la com terceiros.

Enquanto o pagamento pela demanda consumida remunera a energia efetivamente utilizada no estabelecimento, o pagamento a título de demanda potencial corresponde à garantia de fornecimento de uma quantidade de energia previamente estipulada no contrato.

A razão dessa estrutura tarifária se explica. O atendimento das necessidades do grande consumidor possibilita identificar o grau de regularidade com que a energia é consumida, permitindo, com isso, a adoção de uma política tarifária que impute àquele que exige dimensionamento maior do sistema elétrico um preço mais elevado pela energia, mediante adoção de tarifas diferenciadas.

Se o consumo efetivamente utilizado mostrar-se inferior ao garantido pela demanda contratada, o valor referente será cobrado como energia elétrica consumida. Se for superior, o consumidor deverá arcar com a tarifa de ultrapassagem, conceituada na Resolução da seguinte forma:

XXXVII - Tarifa de ultrapassagem: tarifa aplicável sobre a diferença positiva entre a demanda medida e a contratada, quando exceder os limites estabelecidos.

Para evitar a aplicação constante da tarifa de ultrapassagem ou o desperdício, a Resolução permite ao consumidor o ajuste da demanda a ser contratada, para mais ou para menos”.

De tal modo que não há aquele problema de não usar nada, e pagar. Se a empresa vai deixar de funcionar, seria o caso de pedir suspensão do fornecimento

de energia. Não ficará obrigado a pagar quando não houver consumo e poderá, inclusive, fazer esse ajuste para menos também.

Feita essa exposição, passo à controvérsia destes autos.

Cinge-se a questão em saber se o ICMS deve, ou não, incidir sobre o elemento tarifário identificado na fatura como demanda contratada de energia elétrica.

Examino o problema, inicialmente, sob o prisma do fato gerador do ICMS e de seu elemento temporal.

A energia elétrica é considerada, para fins tributários, mercadoria, sujeitando-se a circulação à incidência do ICMS.

Esse fato causou certa estranheza talvez porque, originalmente, sempre se pensou no ICM antigo e no ICMS em relação a bens corpóreos, em mercadorias, enquanto aqui estamos falando em energia, que evidentemente é um bem incorpóreo.

Do voto-vista que proferi no REsp n. 586.120-MG destaco o seguinte fragmento:

Embora se considere ocorrido o fato gerador do imposto, via de regra, na saída da mercadoria do estabelecimento comercial, a Lei Complementar n. 87/1996 fixa, nos incisos do art. 12, diversos marcos temporais de exteriorização da hipótese de incidência tributária.

À exceção das operações interestaduais com energia elétrica, em que se considera consumado o fato gerador no momento da entrada da energia em outro estado da Federação (art. 12, XII, da LC n. 87/1996), não há explicitação alguma na Lei sobre o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS no caso de operações internas com energia elétrica.

A genérica menção feita pelo legislador complementar à saída da mercadoria do estabelecimento como marco temporal de incidência do imposto, não encontra adequada aplicabilidade quando se trata de operação envolvendo energia elétrica. Por ocasião de sua saída do estabelecimento gerador, seu usuário é indeterminado, pois, fluindo a corrente pelas linhas de transmissão e de distribuição, poderá ser consumida por quem quer que seja que a elas tenha acesso, não havendo como identificá-lo.

Se a empresa que produz a energia não for também aquela que distribui, torna-se difícil, senão impossível, identificar a pessoa que consumiu a energia elétrica gerada.

Há também outro agravante que dificulta a adoção da saída como elemento temporal do fato gerador do imposto: o sistema elétrico é hoje totalmente

interligado, composto pelas diversas usinas que estão a ele conectadas. Tal fato impossibilita a identificação do estabelecimento produtor que deu saída à energia elétrica entregue a determinado consumidor, já que todos os geradores entregam a energia ao Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) e os compradores a recebem desse mesmo operador.

Em face das particularidades que envolvem a circulação de energia elétrica, somente a fase de distribuição se mostra apta a concretizar, no tempo, a hipótese de incidência tributária, com a entrega da energia ao consumidor.

A entrega de energia elétrica ao consumidor está prevista na Resolução n. 456/2000, que conceitua o chamado Ponto de Entrega nos seguintes termos:

XXVI - Ponto de entrega: ponto de conexão do sistema elétrico da concessionária com as instalações elétricas da unidade consumidora, caracterizando-se como o limite de responsabilidade do fornecimento.

O ponto de entrega situa-se no limite da via pública com o imóvel em que se localiza a unidade consumidora.

A agência reguladora do sistema elétrico considera satisfeita a prestação, por cujo cumprimento se obrigou a distribuidora, com a entrega da energia elétrica no ponto de conexão do sistema elétrico, cabendo-lhe, até então, adotar as providências necessárias a viabilizar o fornecimento da energia elétrica e cessando, a partir daí, sua responsabilidade pela prestação do serviço.

Segundo a regra, disponibilizada a energia no ponto de entrega, cessa a responsabilidade do fornecedor, por considerar-se entregue a mercadoria.

Como a energia elétrica é tratada como bem móvel por ficção legal, torna-se compreensível que a entrega da mercadoria no ponto de conexão seja adotado como critério decisivo de imputação temporal da operação tributável que, assim, se considerará ocorrida nesse instante.

Sob esse prisma, a simples colocação da energia elétrica à disposição do consumidor no ponto de entrega já é suficiente para aperfeiçoar o fato gerador do imposto. Segundo o valioso magistério de Ataliba e Cléber Giardino, a circulação a que se refere o texto constitucional implica a transmissão de um conjunto de direitos que dê ao beneficiário, no mínimo, poderes de disposição sobre a coisa, pois "convencionou-se designar por titularidade de uma mercadoria a circunstância de alguém deter poderes jurídicos de disposição sobre a mesma, sendo ou não seu proprietário (disponibilidade jurídica). Esse fenômeno é que importa, no plano do ICM.

Nesses termos, a destinação dada à potência contratada, seja ela efetivamente utilizada ou não, é circunstância irrelevante para a incidência do ICM.

Dá-se a circulação do bem quando disponibilizada a energia no ponto de entrega indicado no contrato de fornecimento. A partir desse momento, pode-

se dizer que a empresa fornecedora já não detém titularidade sobre a demanda contratada.

Assim, o fato de não ter sido consumida a energia não desfigura a operação de circulação, já que, colocada à disposição do consumidor, nenhum outro usuário poderá consumi-la. A circulação do bem energia elétrica é inquestionável tanto no contrato padrão quanto no contrato de demanda. Naquele, o bem é fornecido pela concessionária de energia e efetivamente utilizado pelo consumidor; neste, o bem é fornecido pela concessionária, podendo ou não ser utilizado pelo consumidor.

O consumidor do Grupo A paga não apenas pela energia efetivamente consumida, mas também por aquela colocada à sua disposição, energia que lhe foi entregue, sendo esta circulação o fato gerador do ICMS.

Ainda que o consumidor não utilize toda a energia que reserva, não se pode dizer que não houve transferência da mercadoria. Havendo a necessidade, a energia necessária estará de pronto à disposição do usuário, em clara evidência de que ocorreu circulação, não apenas em relação à energia que consumiu, mas também em relação à potência que reservou.

Em outras palavras, o consumidor está pagando para garantir a energia que consome ou para dispor, quando bem lhe aprouver, de demanda de energia colada à sua disposição.

Ao contratar uma determinada potência elétrica, o grande consumidor garante-se de que a concessionária estará aparelhada para suprir a demanda estabelecida no contrato. Eventual necessidade de aumento posterior da carga instalada, que exija elevação da potência contratada, deverá ser previamente submetida à apreciação da concessionária, para aferir-se a necessidade de adequação do sistema elétrico.

Examinada a questão a partir da ótica do fato gerador, o exame sob o prisma da base de cálculo parece ainda mais esclarecedor.

O conceito de demanda contratada não deixa dúvidas quanto à natureza securitária que assume. Consoante o art. 2º, inciso IX, da Resolução n. 456/2000, demanda contratada é a “demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento”.

O consumidor de grande porte, geralmente industrial, não pode correr o risco de ficar sem o fornecimento de energia elétrica, necessária à movimentação de suas máquinas e à realização da própria atividade. Para tanto, ao contratar com o fornecedor que escolheu, fixa no contrato a demanda de energia que, obrigatória e continuamente, deve estar disponível no ponto de entrega para uso imediato, independentemente de qualquer comunicação à empresa contratada.

Mesmo que não venha a ser consumida totalmente a energia indicada no contrato, por ela deverá pagar o consumidor, já que a demanda esteve integral e ininterruptamente disponível ao consumo no ponto de entrega. Em outras palavras, o fornecedor assegurou ao usuário consumo compatível com a demanda que reservou, garantindo o fornecimento nos patamares fixados no contrato.

Não há dúvida, portanto, de que a demanda contratada ostenta a natureza de seguro. À semelhança do que ocorre nos seguros convencionais, em que deve ser pago o valor ajustado independentemente de ocorrer o sinistro, no caso da demanda contratada o montante acordado também deve ser pago independentemente do consumo integral da energia reservada.

Recorrendo à analogia, é como se o consumidor pagasse pela garantia de que o fornecimento não cessará até o limite indicado no contrato a título de demanda reservada.

Fixada a natureza securitária da demanda contratada, é preciso lembrar a regra fixada no art. 13, § 1º, da Lei Complementar n. 87/1996, que dispõe:

§ 1º. Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do *caput* deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) *seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;*

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

Como se vê, os seguros, quando não sofrerem a incidência do IOF, devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS quando recebidos pelo sujeito passivo do imposto.

Ademais, o art. 9º, § 1º, II, da LC n. 87/1996, ao fixar como base de cálculo do imposto nas operações com energia elétrica o valor praticado na “operação final”, indiscutivelmente, autoriza a cobrança do ICMS sobre a “demanda contratada”. Na operação final, a energia elétrica ingressa no estabelecimento consumidor onerada tanto pelo consumo efetivo quanto pela demanda de potência elétrica reservada pelo usuário junto ao operador do sistema.

Como a base imponible do imposto deve resultar da valorização de todos os elementos que integram o núcleo material da hipótese de incidência do ICMS, a tarifa binômica, por abrigar componentes distintos do custo diretamente afetos ao fornecimento da energia elétrica, deve necessariamente integrar sua base de cálculo, pois, somente assim, estará exprimindo a real dimensão financeira do fato gerador do imposto.

Como a base de cálculo lógica e típica no ICMS, na hipótese de energia elétrica, é o valor de que decorrer sua entrega ao consumidor, este valor outro não poderá ser senão aquele indicado na fatura emitida pela concessionária, por abrigar naturalmente todos os custos desde a geração até a entrega do produto.

Se o ICMS deve incidir sobre o valor real da operação, descrito na nota fiscal de venda do produto ao consumidor, não há razão que justifique a exclusão de sua base de cálculo do valor cobrado a título de demanda contratada, seja porque apresenta natureza de seguro (e o art. 13, § 1º, da LC n. 87/1996 autoriza a sua inclusão na base de cálculo do imposto), seja porque este elemento tarifário está contido no valor praticado na “operação final” (a que alude o art. 9º, § 1º, II, da LC n. 87/1996, ao fixar a base de cálculo do imposto nas operações com energia elétrica).

A demanda contratada apresenta-se como componente indissociável da tarifa devida à concessionária e foi introduzido, exatamente, com o propósito de corrigir a distorção constatada na estrutura tarifária, de modo a onerar em maior escala o consumidor que faz uso irregular da potência elétrica que o sistema é obrigado a disponibilizar continuamente.

Como contrapartida pela demanda contratada, o fornecedor de energia assume todos os custos, operacionais e de investimento, com a oferta contínua de energia em grande escala. Quanto maior for a demanda de potência elétrica contratada, maiores serão os investimentos que a concessionária terá que realizar para atender o consumidor eletro intensivo e, somente assim, poderá ser preservada a equação financeira do contrato. Se assim não fosse, sem a garantia de uma retribuição mínima que assegurasse sua amortização, ninguém assumiria a onerosa responsabilidade pela prestação de um serviço adequado de suprimento da energia na potência exigida.

Para mostrar a importância do elemento “demanda” na composição da tarifa, traz-se o seguinte exemplo adotado por uma equipe de auditores fiscais do Estado da Bahia:

Uma casa de praia (Casa 1) tem apenas uma lâmpada de 100 Watts, ou seja, de 0,1 kW, ligada 24 horas por dia, ininterruptamente. A casa vizinha (Casa 2) tem apenas um chuveiro elétrico de 4,8 kW que é ligado por apenas trinta minutos, a cada dia. No final de um mês, os medidores de energia de cada casa terão registrado exatamente o mesmo consumo, ou seja, 72 kWh, mas não a mesma demanda.

Se as casas fossem dotadas de medidores de demanda, a primeira casa teria registrado a demanda de 0,1 kW no mês, enquanto a casa vizinha teria registrado a demanda de 4,8 kW.

No caso, a fornecedora que atende às duas casas deveria estar aparelhada para uma demanda de potência correspondente a 4,9 kW, que é o resultado da soma de 0,1 kW (primeira casa) com 4,8 kW (segunda casa).

No exemplo citado, não seria justo que o proprietário da Casa 2 pagasse o mesmo preço pelo serviço fornecido, se, para fazer uso diário do aparelho por apenas 30 minutos, e em horário incerto e que pode coincidir com o momento em que o abastecimento é mais crítico, exigiu do sistema uma potência elétrica de 4,8 KW, enquanto a demanda solicitada pela lâmpada da Casa 1, que permaneceu acesa durante todo o mês, consumindo a mesma quantidade de KWh, exigiu apenas 0,1 de KW.

Não é razoável concluir que a energia elétrica tenha representado para a concessionária um mesmo custo nos dois casos. Por conseqüência, também não é razoável inferir que a energia tenha ingressado no estabelecimento consumidor por um mesmo preço, tanto no exemplo 1 como no exemplo 2.

A situação hipotética serve para mostrar que o elemento “demanda contratada” se apresenta como componente indissociável da tarifa devida à concessionária, não podendo ser apartada do consumo efetivo para fins de se apurar a base de cálculo do ICMS.

Com essas considerações aqui apresentadas e que alguns colegas já tinham conhecimento, peço vênua ao eminente Ministro Relator para *negar provimento ao recurso especial*.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Em julgamentos proferidos pela Primeira Turma-STJ, já acompanhei voto proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki, sustentando que o fato gerador do ICMS é a demanda efetivamente consumida, e não a contratada.

A título exemplificativo, pode-se citar o acórdão proferido no julgamento do REsp n. 579.416-ES (1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 29.3.2007), no qual foi consignado que, “segundo orientação traçada em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção, não incide o ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica”.

Na condição de Relatora, menciono o acórdão proferido no julgamento do REsp n. 952.834-MG (1ª Turma, DJ de 12.12.2007), no qual, reiterando precedente da Segunda Turma-STJ (REsp n. 825.350-MT, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 26.5.2006), afirmei que “o fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por

contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica sem a sua efetiva utilização”.

Com tais considerações, acompanho o voto do Ministro Relator.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Humberto Martins: A controvérsia restringe-se à não-incidência de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, quando não consumida. Somente incide o ICMS sobre a demanda efetivamente consumida, e não sobre a contratada, pois o fato gerador da obrigação é a energia elétrica consumida; se não ocorrer o consumo, não há porque incidir a obrigação da cobrança do tributo. Esse entendimento está pacificado nas duas Turmas, inclusive na Primeira Seção, conforme jurisprudência que cito:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Tributário. ICMS. Energia elétrica. Demanda reservada ou contratada. Aplicação ao fato gerador. Impossibilidade.

1. Não incide ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 828.282-SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 10.4.2007, DJ 25.4.2007.)

Processual Civil. Recurso especial. Interpretação de direito local. Impossibilidade. Súmula n. 280-STF. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Tributário. ICMS. Demanda contratada de energia elétrica. Não-incidência. Precedentes. Ilegitimidade passiva da concessionária de energia elétrica. Juros. Correção monetária. 1. e 2. (...)

3. Segundo orientação traçada em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção, não incide o ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica.

4. a 6. (...)

7. Recurso especial da autora parcialmente provido.

8. Recurso adesivo provido.

(REsp n. 579.416-ES, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 1º.3.2007, DJ 29.3.2007.)

Todavia, diante do voto-vista do Min. Castro Meira - proferido no Recurso em Mandado de Segurança n. 21.748 - passei a manifestar meu

entendimento no sentido de que deve incidir o ICMS na operação de energia elétrica conhecida como “demanda contratada”.

De fato, a própria agência reguladora do sistema elétrico entende que a responsabilidade da distribuidora vai até a disponibilização da energia elétrica no ponto de conexão do sistema elétrico. A partir daí, se a energia será ou não consumida, não interessa para a incidência do ICMS.

O importante é que a energia foi disponibilizada ao consumidor, e que esta mesma energia não retorna ao poder da distribuidora, tampouco poderá ela ser vendida a terceiros, ou seja, a transferência da mercadoria esgotou-se no momento em que foi colocada à disposição no *ponto de conexão*.

Desta forma, se a empresa reservou energia perante a distribuidora de energia elétrica, deverá pagar ICMS, tendo como base de cálculo toda esta “*reserva contratada*”, independente ou não de tê-la utilizado.

Interessante observar a posição jurisprudencial intermediária adotada pelo Estado de Santa Catarina, ao sumular a questão da seguinte forma:

Súmula n. 21 do TJ-SC: Incide ICMS tão-somente sobre os valores referentes à energia elétrica consumida (kWh) e à demanda de potência efetivamente utilizada (kw), aferidas nos respectivos medidores, independentemente do quantitativo contratado.

Para essa corrente intermediária, a base de cálculo do ICMS é a demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, considerando-se a demanda medida, segundo a regulamentação da Aneel (Resolução n. 456/2000), não importando se a quantidade de energia medida é *menor, igual ou maior que a demanda contratada*.

Assim, segundo essa corrente, não se considera a energia elétrica efetivamente consumida, mas sim a demanda de potência efetivamente utilizada (kw). Em outro dizer, o quanto a empresa *reservou de energia* para consumo, que é medida segundo os critérios da Aneel.

Em meu sentir, todavia, o entendimento de que a demanda que foi contratada deve prevalecer pois o importante é que a energia foi disponibilizada ao consumidor, e que esta mesma energia não poderá voltar ao poder da distribuidora, tampouco vendida a terceiros, ou seja, a transferência da mercadoria esgotou-se em face de sua colocação à disposição no *ponto de conexão*.

Ante o exposto, entendo pela incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, para fundamentar o não-provimento do recurso especial.

É como penso. É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Discute-se a incidência do ICMS sobre fornecimento de energia elétrica, considerando a existência de demanda contratada, também conhecida por reserva de demanda ou demanda garantida.

O Fisco Estadual defende que o tributo incida sobre o total pago pela empresa, e não apenas sobre a energia efetivamente consumida no período.

Os grandes consumidores de energia elétrica firmam com as empresas distribuidoras contratos que garantem o fornecimento de determinada potência em um período considerado.

Isso assegura que o sistema elétrico suportará a carga correspondente ao consumo conjunto de energia.

Por outro lado, os consumidores comprometem-se a remunerar a distribuidora por todo o valor da demanda contratada, e não apenas por aquilo que efetivamente utilizarem.

Não há dúvida quanto à incidência do ICMS na hipótese de o consumo corresponder ou superar a potência garantida.

A questão ganha relevo quando o adquirente da energia utiliza apenas parcela do valor total contratado, ou seja, quando o consumo é menor que a demanda garantida.

Como dito, o Fisco Estadual entende que a base de cálculo do ICMS corresponde à totalidade do montante contratado.

Entretanto, é preciso considerar que o tributo incide sobre a efetiva circulação da mercadoria, e não sobre a celebração de contratos.

No caso da energia elétrica, a aquisição da mercadoria corresponde àquilo que é produzido e entregue ao interessado. Essa é a circulação econômica e jurídica que interessa à incidência do ICMS.

O fato gerador do imposto estadual não pode ser ampliado para abarcar outro fenômeno que não aquele previsto na Constituição Federal, no caso, circulação de mercadoria.

A contratação da demanda é objeto de negócio jurídico importante para a integridade do sistema elétrico e para as atividades empresariais. Isso não significa, porém, que a incidência estadual poderá alcançar a totalidade do contrato. Trata-se de garantia de fornecimento que, por isso mesmo, não se confunde com a efetiva entrega da mercadoria e, portanto, com a circulação tributável pelo Estado.

Importante salientar que não se afasta a tributação do ICMS sobre toda a demanda contratada, mas apenas sobre a parcela não consumida pelo interessado.

Diante do exposto, *acompanho o eminente Relator, para dar parcial provimento ao Recurso Especial.*

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Sr. Presidente, concordo com a delimitação feita para fixação da abrangência do fato gerador apresentada no voto do eminente Ministro Relator. Entendo que não estamos confundindo a situação de política tarifária, como foi dito anteriormente, com a delimitação do fato gerador.

Pedindo vênias ao Sr. Ministro Castro Meira, que divergiu da posição do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, dou parcial provimento ao recurso especial.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Sr. Presidente, cheguei aqui pensando que existiam três correntes, inclusive fiquei preocupada porque não estava entendendo o voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, o qual, a meu ver, era intermediário. Pelos memoriais, os advogados também estavam interpretando dessa maneira, ou seja, que havia uma posição do Tribunal, outra inaugurada pelo Sr. Ministro Castro Meira e uma posição intermediária do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki em falar de demanda de potência.

Ao final do voto, fiquei devidamente esclarecida. Não existem três posições, mas apenas duas. A do Sr. Ministro Relator afirma o seguinte: paga-se o ICMS, e o ICMS é o que está na lei complementar; não é o governador, nem a Anatel,

quem diz é a lei, ou seja, a lei em sentido formal e material, não pode ser resolução, não pode ser nada; o fato gerador é a lei.

A lei determina o fato gerador, que é a circulação da mercadoria. Se energia é mercadoria, só pode ser sobre aquilo que circula. O que não circula pode ser contratado, e é o valor do contrato, mas não é ICMS. Pode ser qualquer coisa, mas não pode ser ICMS.

Adiro inteiramente ao voto do Sr. Ministro Relator, que desceu a detalhes e, por isso, me confundi, dando parcial provimento ao recurso especial.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Sr. Presidente, entendo como o Sr. Ministro Castro Meira, ou seja, que o fato gerador é o total da demanda contratada.

Peço vênua ao Sr. Ministro Teori Albino Zavascki para acompanhar o voto do Sr. Ministro Castro Meira, negando provimento ao recurso especial.



Súmula n. 392

SÚMULA N. 392

A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.

Referências:

CTN, art. 202.

Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 8º.

Precedentes:

AgRg no Ag	771.386-BA	(1ª T, 12.12.2006 – DJ 1º.02.2007)
AgRg no Ag	815.732-BA	(1ª T, 27.03.2007 – DJ 03.05.2007)
AgRg no Ag	888.479-BA	(1ª T, 11.09.2007 – DJ 1º.10.2007)
EDcl no REsp	820.249-RS	(2ª T, 10.10.2006 – DJ 26.10.2006)
EREsp	823.011-RS	(1ª S, 14.02.2007 – DJ 05.03.2007)
EREsp	839.824-RS	(1ª S, 28.02.2007 – DJ 19.03.2007)
REsp	750.248-BA	(1ª T, 19.06.2007 – DJ 29.06.2007)
REsp	829.455-BA	(2ª T, 27.06.2006 – DJ 07.08.2006)
REsp	837.250-RS	(2ª T, 27.02.2007 – DJ 14.03.2007)
REsp	837.364-RS	(2ª T, 15.08.2006 – DJ 31.08.2006)
REsp	897.357-RS	(1ª T, 06.02.2007 – DJ 22.02.2007)
REsp	902.357-RS	(1ª T, 13.03.2007 – DJ 09.04.2007)
REsp	904.475-RS	(1ª T, 20.03.2007 – DJ 12.04.2007)

Primeira Seção, em 23.9.2009

DJe 7.10.2009, ed. 455

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 771.386-BA
(2006/0104068-9)**

Relatora: Ministra Denise Arruda
Agravante: Município de Salvador
Procurador: Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros
Agravado: Geraciano Julio Damulakis
Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Agravo regimental no agravo de instrumento. Tributário. IPTU. Substituição da CDA antes da prolação da sentença. Alteração do sujeito passivo da execução. Impossibilidade. Art. 135 do CTN. Matéria nova. Agravo desprovido.

1. O Tribunal de origem decidiu a questão em conformidade com a orientação firmada neste Pretório no sentido de que é possível a substituição da CDA, antes da prolação da sentença, quando se tratar de correção de erro material ou formal, sendo inviável, entretanto, a alteração do título executivo para modificar o sujeito passivo da execução, não encontrando, tal providência, amparo na Lei n. 6.830/1980.

2. A argumentação adotada nas razões do presente agravo regimental, referente à aplicação do art. 135 do CTN, é nova, não tendo sido anteriormente suscitada no recurso especial, o que torna inviável a sua análise neste momento processual.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 1º.2.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de agravo regimental (fls. 77-82) interposto contra decisão monocrática assim ementada:

Agravo de instrumento. Tributário. IPTU. Substituição da CDA antes da prolação da sentença. Alteração do sujeito passivo da execução. Impossibilidade. Agravo desprovido.

Em suas razões, o agravante pugna pela reconsideração da decisão agravada, defendendo ser possível a alteração da Certidão da Dívida Ativa, antes da prolação da sentença de primeiro grau de jurisdição, para fazer constar como executado o adquirente do imóvel. Afirma que “deve prevalecer no presente caso o entendimento deste eg. STJ quanto à hipótese prevista pelo art. 135, do CTN - no sentido de ser possível a substituição do pólo passivo da execução fiscal, independente de erro material, apenas mediante a exigência da prova da co-responsabilidade - (...)” (fl. 80).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): A pretensão não merece prosperar.

Como bem ressaltado na decisão ora agravada, o Tribunal de origem decidiu a questão em conformidade com a orientação firmada neste Pretório no sentido de que é possível a substituição da CDA, antes da prolação da sentença, quando se tratar de correção de erro material ou formal, sendo inviável, entretanto, a alteração do título executivo para modificar o sujeito passivo da execução, não encontrando, tal providência, amparo na Lei n. 6.830/1980.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes julgados:

Processual Civil e Tributário. Omissão. Inocorrência. IPTU. CDA. Substituição do sujeito passivo. Sub-rogação. Impossibilidade.

1. Afasta-se a alegada nulidade do julgado hostilizado ante a ausência de omissão.

2. Não se admite a substituição da CDA para a alteração do sujeito passivo dela constante, pois isso não se trata de erro formal ou material, mas sim de alteração do próprio lançamento. Precedente da Turma: REsp n. 826.927-BA, DJ de 8.5.2006.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 829.455-BA, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 7.8.2006).

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. IPTU. Substituição de CDA. Não-ocorrência de erro formal ou material. Modificação do próprio sujeito passivo. Impossibilidade. Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão negou provimento a agravo de instrumento.

2. O acórdão *a quo* extinguiu execução fiscal, com base no art. 267, VI, do CPC, ao entendimento de que a emenda ou substituição de certidão de dívida ativa facultada ao credor, nos termos dos arts. 203 do CTN e 2º, § 8º, da LEF, só é possível na hipótese de erro material ou formal.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que é possível a substituição da CDA, em face da ocorrência de erro material ou formal, antes da prolação da sentença.

4. No entanto, *in casu*, não se trata de mero erro material, mas de pedido de alteração do sujeito passivo da obrigação tributária após o exeqüente reconhecer a ilegitimidade passiva acionada para figurar na lide.

5. Impossibilidade de substituição de Título Executivo quando não se tratar de mera correção de erro material ou formal e, sim, de modificação do próprio sujeito passivo, o que não possui tutela na Lei n. 6.830/1980 e no CTN.

6. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no Ag n. 732.402-BA, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 22.5.2006).

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução fiscal. IPTU e taxas. Lançamento efetuado sobre área a maior. Nulidade. Substituição da certidão de Dívida Ativa. Impossibilidade. Inexistência de simples erro material ou formal passível de correção. Lei n. 6.830/1980, art. 2º, parágrafo 8º e CTN. Violação ao art. 203 do CTN não configurada. Prequestionamento ausente. Súmulas n. 282 e n. 356 STF.

- Inadmissível a substituição de CDA referente à cobrança de IPTU e Taxas lançados sobre área a maior, por isso que não se trata de simples correção de

erro material ou formal do título executivo, mas de modificação do próprio lançamento, com alteração do valor do débito, o que não guarda apoio no art. 2º, § 8º da Lei n. 6.830/1980.

Omissis..

- Recurso não conhecido.

(REsp n. 87.768-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 27.11.2000).

No mais, verifica-se que a argumentação adotada no presente regimental - qual seja a de que é aplicável à hipótese dos autos o entendimento firmado neste Tribunal sobre o redirecionamento da execução fiscal com base no art. 135 do CTN - é nova, não tendo sido anteriormente suscitada no recurso nobre, o que torna inviável a sua análise neste momento processual.

Diante do exposto, não havendo razões capazes de infirmar a decisão agravada, deve ser negado provimento ao agravo regimental.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 815.732-BA
(2006/0198813-7)**

Relatora: Ministra Denise Arruda

Agravante: Município de Salvador

Procurador: Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros

Agravado: MRM Incorporadora Ltda.

Advogado: Marcelo Neeser Nogueira Reis e outros

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso especial. Tributário. IPTU. Execução fiscal. Substituição da CDA. Hipótese que implica alteração no lançamento. Inviabilidade.

1. Nos termos do art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980, “até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá

ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos”. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que tal preceito ampara apenas as hipóteses de mera correção de erro material ou formal, sendo inviável a substituição da CDA nos casos em que haja necessidade de se alterar o próprio lançamento.

Nesse sentido: REsp n. 829.455-BA, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 7.8.2006; AgRg no REsp n. 823.011-RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 3.8.2006; REsp n. 667.186-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 6.6.2006; REsp n. 87.768-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 27.11.2000.

2. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 27 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 3.5.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de agravo regimental (fls. 138-143) apresentado contra decisão monocrática sintetizada na seguinte ementa:

Processual Civil. Agravo de instrumento. Recurso especial. Tributário. IPTU. Execução fiscal. Substituição da CDA. Hipótese que implica alteração no lançamento. Inviabilidade.

1. Nos termos do art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980, “até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída,

assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos”. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que tal preceito ampara apenas as hipóteses de mera correção de erro material ou formal, sendo inviável a substituição da CDA nos casos em que haja necessidade de se alterar o próprio lançamento.

2. *Nesse sentido*: REsp n. 829.455-BA, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 7.8.2006; AgRg no REsp n. 823.011-RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 3.8.2006; REsp n. 667.186-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 6.6.2006; REsp n. 87.768-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 27.11.2000.

3. Agravo de instrumento desprovido.

(fl. 134).

O agravante aduz, em síntese, que: (a) a hipótese é “análoga à da co-responsabilidade tributária, prevista pelo art. 135 do CTN, na qual este e. STJ vem admitindo a substituição do pólo passivo da execução fiscal, mesmo sem que o terceiro acionado estivesse constando da CDA”; (b) “se o adquirente do imóvel se sub-rogou na responsabilidade pelo pagamento do IPTU, correta é a substituição do pólo passivo da presente execução fiscal, a fim de que seja procedida a citação adquirente, em homenagem ao princípio da economia processual e à efetividade da prestação jurisdicional”.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a apreciação colegiada da controvérsia.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): O agravo regimental não merece prosperar.

Não se mostra desacertada a decisão agravada, pois, nos termos do art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980, “até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos”. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que tal preceito ampara apenas as hipóteses de mera correção de erro material ou formal, sendo inviável a substituição da CDA nos casos em que haja necessidade de se alterar o próprio lançamento.

Nesse sentido:

Processual Civil e Tributário. Omissão. Inocorrência. IPTU. CDA. Substituição do sujeito passivo. Sub-rogação. Impossibilidade.

1. Afasta-se a alegada nulidade do julgado hostilizado ante a ausência de omissão.

2. Não se admite a substituição da CDA para a alteração do sujeito passivo dela constante, pois isso não se trata de erro formal ou material, mas sim de alteração do próprio lançamento. Precedente da Turma: REsp n. 826.927-BA, DJ de 8.5.2006.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 829.455-BA, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 7.8.2006).

Processual Civil. Agravo regimental. IPVA. Substituição de CDA. Impossibilidade. Não-ocorrência de erro formal ou material. Ausência de requisitos essenciais à verificação da validade da CDA. Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial.

2. O acórdão *a quo* considerou viciada a CDA, não autorizando a sua substituição.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que é possível a substituição da CDA, em face da ocorrência de erro material ou formal, antes da prolação da sentença.

4. No entanto, *in casu*, não se trata de mero erro material, mas de ausência de requisitos essenciais à verificação da validade da CDA: origem especificada da dívida, o exercício a que se refere a dívida que lhe dá origem (IPVA) e o veículo (nem o número da placa).

5. Impossibilidade de substituição de Título Executivo quando não se tratar de mera correção de erro material ou formal, por não possuir tutela na Lei n. 6.830/1980 e no CTN.

6. Precedentes citados, não obstante o respeito a eles reverenciado, que não transmitem a posição deste Relator. A convicção sobre o assunto continua a mesma e intensa.

7. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no REsp n. 823.011-RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 3.8.2006).

Recurso especial. Embargos à execução fiscal. Substituição de Certidão de Dívida Ativa. Impossibilidade.

1. Entendimento desta Corte no sentido de que a substituição da CDA até a decisão de primeira instância só é possível em se tratando de erro material ou formal.

2. Vedada a substituição quando essa implica em modificação do lançamento.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 667.186-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 6.6.2006).

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução fiscal. IPTU e Taxas. Lançamento efetuado sobre área a maior. Nulidade. Substituição da Certidão de Dívida Ativa. Impossibilidade. Inexistência de simples erro material ou formal passível de correção. Lei n. 6.830/1980, art. 2º, parágrafo 8º e CTN. Violação ao art. 203 do CTN não configurada. Prequestionamento ausente. Súmulas n. 282 e n. 356 STF.

- Inadmissível a substituição de CDA referente à cobrança de IPTU e Taxas lançados sobre área a maior, por isso que não se trata de simples correção de erro material ou formal do título executivo, mas de modificação do próprio lançamento, com alteração do valor do débito, o que não guarda apoio no art. 2º, § 8º da Lei n. 6.830/1980.

- Se o Tribunal sequer ventilou o preceito da lei tributária inquinado de contrariado pelo recorrente e não foram opostos os cabíveis embargos de declaração suscitando a sua apreciação, carece o apelo do prequestionamento, requisito indispensável à sua admissibilidade.

- Recurso não conhecido.

(REsp n. 87.768-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 27.11.2000).

Em referência ao alegado dissídio jurisprudencial, o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento firmado nesta Corte, razão pela qual incide o disposto na Súmula n. 83-STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

Na falta de elementos aptos a infirmar a decisão agravada, deve ser desprovido o agravo regimental.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 888.479-BA
(2007/0096726-9)**

Relator: Ministro José Delgado

Agravante: Município de Salvador

Procurador: Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outro(s)

Agravado: Jorlando Mota Meireles
Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. IPTU. Substituição de CDA. Não-ocorrência de erro formal ou material. Modificação do próprio sujeito passivo. Impossibilidade. Precedentes.

1. A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento na linha de que é possível a substituição da CDA, antes da prolação da sentença, exclusivamente em caso de mero erro material ou formal, não sendo admissível pedido de alteração do sujeito passivo da obrigação tributária, por se tratar de modificação do próprio lançamento. Precedentes.

2. Os argumentos desenvolvidos pela agravante não são capazes de imprimir qualquer modificação no *decisum* atacado.

3. Agravo regimental não-provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 11 de setembro de 2007 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 1º.10.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: O Município de Salvador interpõe agravo regimental em face de decisão que negou provimento a agravo de instrumento nestes sucintos termos (fl. 99):

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. IPTU. Substituição de CDA. Não-ocorrência de erro formal ou material. Modificação do próprio sujeito passivo. Impossibilidade. Precedentes.

1. Agravo de instrumento interposto para reformar decisão que inadmitiu recurso especial.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que é possível a substituição da CDA, em face da ocorrência de erro material ou formal, antes da prolação da sentença.

3. No entanto, *in casu*, não se trata de mero erro material, mas de pedido de alteração do sujeito passivo da obrigação tributária após o exeqüente reconhecer a ilegitimidade passiva acionada para figurar na lide.

4. Impossibilidade de substituição de Título Executivo quando não se tratar de mera correção de erro material ou formal e, sim, de modificação do próprio sujeito passivo, o que não possui tutela na Lei n. 6.830/1980 e no CTN.

5. Agravo de instrumento não-provido.

Alega-se que a espécie dos autos trata de hipótese análoga à da co-responsabilidade tributária, prevista no art. 135 do CTN, a respeito da qual este STJ vem admitindo a substituição do pólo passivo da execução fiscal, desde que provada a prática pelo sócio de ato ilícito que enseje a sua responsabilidade. Argumenta-se que o adquirente do imóvel se sub-rogou na responsabilidade pelo pagamento do IPTU, o que justifica a substituição do pólo passivo da presente execução fiscal, em homenagem ao princípio da isonomia e à efetividade da prestação jurisdicional.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Pese a argumentação deduzida pela parte agravante, não vislumbro razão para modificar o entendimento firmado no *decisum* ora recorrido.

A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento na linha de que é possível a substituição da CDA, antes da prolação da sentença, exclusivamente em caso de mero erro material ou formal, não sendo admissível pedido de alteração do sujeito passivo da obrigação tributária, por se tratar de modificação do próprio lançamento.

Sobre o tema, é vasta a jurisprudência deste Sodalício, confira-se:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Tributário. IPTU. Substituição da CDA antes da prolação da sentença. Alteração do sujeito passivo da execução. Impossibilidade. Art. 135 do CTN. Matéria nova. Agravo desprovido.

1. O Tribunal de origem decidiu a questão em conformidade com a orientação firmada neste Pretório no sentido de que é possível a substituição da CDA, antes da prolação da sentença, quando se tratar de correção de erro material ou formal, sendo inviável, entretanto, a alteração do título executivo para modificar o sujeito passivo da execução, não encontrando, tal providência, amparo na Lei n. 6.830/1980.

2. [...]

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 771.386-BA, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 1º.2.2007).

Execução fiscal. IPTU. Ilegitimidade passiva ad causam. Substituição do sujeito passivo. Impossibilidade.

I - Consoante jurisprudência desta Corte, é inviável a substituição do sujeito passivo no curso da lide, após constatação da ilegitimidade passiva *ad causam*, ensejadora da extinção do processo sem exame do mérito, conforme inteligência do art. 267, VI, do CPC.

II - A substituição da Certidão de Dívida Ativa é permitida até o momento em que for proferida decisão de primeira instância, somente quando se tratar de erro formal ou material, e não em casos que impliquem alteração do próprio lançamento. Precedentes: AgRg no Ag n. 732.402-BA, Rel. Min. *José Delgado*, DJ de 22.5.2006; REsp n. 829.455-BA, Rel. Min. *Castro Meira*, DJ de 7.8.2006 e REsp n. 347.423-AC, Rel. Min. *Eliana Calmon*, DJ de 5.8.2002.

III - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 839.569-BA, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 14.12.2006).

Processual Civil e Tributário. Omissão. Inocorrência. IPTU. CDA. Substituição do sujeito passivo. Sub-rogação. Impossibilidade.

1. Afasta-se a alegada nulidade do julgado hostilizado ante a ausência de omissão.

2. Não se admite a substituição da CDA para a alteração do sujeito passivo dela constante, pois isso não se trata de erro formal ou material, mas sim de alteração do próprio lançamento. Precedente da Turma: REsp n. 826.927-BA, DJ de 8.5.2006.

3. Recurso especial improvido. (REsp n. 829.455-BA, Rel. Min. *Castro Meira*, Segunda Turma, DJ 7.8.2006).

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. IPTU. Substituição de CDA. Não-ocorrência de erro formal ou material. Modificação do próprio sujeito passivo. Impossibilidade. Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão negou provimento a agravo de instrumento.

2. O acórdão *a quo* extinguiu execução fiscal, com base no art. 267, VI, do CPC, ao entendimento de que a emenda ou substituição de Certidão de Dívida Ativa facultada ao credor, nos termos dos arts. 203 do CTN e 2º, § 8º, da LEF, só é possível na hipótese de erro material ou formal.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que é possível a substituição da CDA, em face da ocorrência de erro material ou formal, antes da prolação da sentença.

4. No entanto, *in casu*, não se trata de mero erro material, mas de pedido de alteração do sujeito passivo da obrigação tributária após o exequente reconhecer a ilegitimidade passiva acionada para figurar na lide.

5. Impossibilidade de substituição de Título Executivo quando não se tratar de mera correção de erro material ou formal e, sim, de modificação do próprio sujeito passivo, o que não possui tutela na Lei n. 6.830/1980 e no CTN.

6. Agravo regimental não-provido. (AgRg no Ag n. 732.402-BA, desta Relatoria, Primeira Turma, DJ 22.5.2006).

Tributário. PIS. Execução fiscal. Dívida ativa. Inscrição. Nulidade. Ausência de requisitos previstos no artigo 202, CTN. Impossibilidade de substituição do título. Infringência aos arts. 2º, § 8º, e 3º, da Lei n. 6.830/1980, e arts. 203 e 204, CTN. Recurso especial provido.

1. [...]

2. A substituição de título executivo só é permitida até a decisão de primeira instância.

3. Impossibilidade de substituição de Título Executivo quando não se tratar de mera correção de erro material ou formal e, sim, de modificação do próprio lançamento, o que não possui tutela na Lei n. 6.830/1980 e no CTN.

4. Recurso Especial provido para determinar a nulidade da Certidão da Dívida Ativa e a execução dela decorrente. (REsp n. 327.663-SC, desta Relatoria, Primeira Turma, DJ 4.3.2002).

Portanto, mantenho a decisão agravada, porquanto em consonância com o posicionamento deste Tribunal Superior.

Por tais razões, *nego* provimento ao presente agravo regimental.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 820.249-RS
(2006/0034133-9)**

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Embargante: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Marcos Antônio Miola e outros
Embargado: Ruben Roberto Muller
Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Embargos de declaração. Execução fiscal. IPVA. Nulidade da CDA. Ausência de discriminação dos valores por exercício e individualização do veículo. Obrigatoriedade de oportunidade para substituição ou emenda da CDA até a prolação da sentença. Constatação de omissão. Embargos acolhidos com efeitos modificativos.

1. Cabíveis os declaratórios para suprir omissão quanto a questão suscitada no recurso especial, envolvendo a possibilidade da Fazenda Pública substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

2. Não é possível o indeferimento da inicial do processo de execução fiscal, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar ao exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título. Precedentes desta Corte.

3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos e recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração com efeitos modificativos para dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.” Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha,

Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ 26.10.2006

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de embargos de declaração interpostos de acórdão assim ementado:

Tributário. Execução fiscal. IPVA. Nulidade da CDA ausência de discriminação dos valores por exercício e do veículo.

1. A CDA é título formal, cujos elementos devem estar bem delineados para não impedir a defesa do executado.

2. Hipótese dos autos em que a CDA deixou de discriminar os valores do IPVA cobrado por exercício, bem como do veículo, o que prejudica a defesa do executado, que se vê tolhido de questionar as importâncias e a forma de cálculo.

3. Recurso especial improvido.

(fls. 151).

Alega o embargante, *Estado do Rio Grande do Sul*, que houve omissão porque o aresto não se pronunciou sobre questão relevante, suscitada no recurso especial, no sentido de que, uma vez constatada irregularidade na CDA, deve ser concedida ao exeqüente oportunidade para substituí-la ou emendá-la, sob pena de violação aos arts. 203 do CTN e 2º, § 8º da Lei n. 6.830/1980.

Pede seja suprida omissão, observando-se os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, para que não haja ofensa aos arts. 5º, XXXV, LIV, LV; 93, IX da CF/1988; 131; 165; 458, II e 535 do CPC.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Verifico assistir razão à embargante pois, de fato, não foi examinada a questão, objeto de insurgência

no recurso especial, quanto à impossibilidade de extinção da execução fiscal, por nulidade da CDA, sem anterior intimação da *Fazenda Pública* para emendar ou substituir o título.

Suprindo a omissão, conheço do recurso nessa parte, já que restou prequestionada a matéria, com a expressa manifestação da Corte de Segundo Grau sobre as teses em torno dos arts. 203 do CTN e 2º, § 8º da Lei n. 6.830/1980 (LEF), tidos como violados.

A propósito, firmou-se nesta Corte orientação no sentido de que a emenda ou substituição da Certidão de Dívida Ativa é uma faculdade conferida à Fazenda Pública, em observância ao princípio da economia processual, sendo esse procedimento permitido até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980. Nessa linha os seguintes julgados:

Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. CDA. Nulidade. Possibilidade de substituição.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte, não é cabível a extinção da execução fiscal com base na nulidade da CDA, antes de citado o executado, sem a anterior intimação da Fazenda Pública para emenda ou substituição do título (REsp n. 745.195-RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 15.8.2005; REsp n. 796.292-RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 6.3.2006).

2. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp n. 822.835-RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 2.5.2006, DJ 11.5.2006 p. 177).

Processo Civil e Tributário. Execução fiscal. IPTU. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. CDA. Possibilidade de substituição ou emenda até a prolação da sentença.

1. Está pacificado no âmbito da Primeira Seção o entendimento de que, em sede de execução fiscal, a prescrição não pode ser decretada de ofício.

2. A Fazenda Pública pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

3. Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título.

4. Recurso especial provido.

(REsp n. 796.292-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15.12.2005, DJ 6.3.2006 p. 368).

Processo Civil. Tributário. Execução fiscal. CDA. Nulidade possibilidade de substituição até a sentença dos embargos à execução. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. Artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

1. É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença dos embargos à execução.

Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

2. Em homenagem ao princípio da celeridade processual, não é razoável manter a sentença que extinguiu o feito antes de citado o executado, sem conferir à exequente oportunidade para substituir o título que engloba num único valor a cobrança de diferentes exercícios.

3. A ação de execução fiscal versa sobre direito de natureza patrimonial. O julgador singular, ao decretar de ofício a prescrição da execução, não observou o disposto no art. 219, § 5º do CPC, aplicável na espécie. Precedentes.

4. A decretação de ofício da prescrição - mesmo assim, após a ouvida da Fazenda Pública - somente se tornou possível com o advento da Lei n. 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei n. 6.830, de 22.9.1980, com a seguinte redação: "Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o Juiz, depois de ouvir a Fazenda Pública, poderá reconhecer a prescrição e decretá-la de imediato".

5. Recurso especial provido.

(REsp n. 745.195-RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 2.6.2005, DJ 15.8.2005 p. 295).

Execução fiscal. Recurso especial. Vício formal em CDA. Possibilidade de substituição. Ausência de nulidade. Aplicação da regra inscrita no art. 2º, § 8º da Lei n. 6.830/1980. Agravo interposto contra decisão que nega provimento à exceção de pré-executividade. Decisão colegiada. Inexistência de prejuízo à substituição da CDA. Recurso especial conhecido e desprovido.

1. Agravo de instrumento interposto por *Bataguaçu Comércio de Peças para Tratores Ltda.* contra a decisão da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Campo Grande-MS que julgou improcedente a exceção de pré-executividade apresentada nos autos da execução fiscal movida pelo Município de Campo Grande-MS contra a ora agravante. O acórdão do TJMS proveu parcialmente o agravo por entender que a instauração de processo administrativo não é pressuposto para a discussão da matéria na via judicial e que a inexistência da indicação do fundamento legal na CDA não tem o condão de fulminar de nulidade o título executivo, por ser possível a emenda ou substituição. Em sede de recurso especial, alega-se violação dos arts. 203 do CTN e 2º da Lei de Execuções Fiscais, em razão de os artigos supracitados serem expressos ao prever que a substituição só pode ocorrer até a decisão de primeira instância, não

procedendo o argumento de que o texto legal refere-se à decisão proferida em sede de embargos, pois os dispositivos não usaram a palavra “sentença”, mas a expressão “decisão de primeiro grau”.

Afirma, ainda, que a decisão proferida em sede de exceção de pré-executividade, por se tratar também de uma decisão de primeira instância, faz parte do campo de incidência dos nominados artigos e que seria contra-senso permitir que, após todo esse trâmite processual, pudesse o recorrido substituir ou emendar o título.

Contra-razões sustentando que a substituição da CDA só será feita quando a decisão transitar em julgado e que a CDA tem presunção de certeza e liquidez.

2. A substituição de CDA, com o objetivo de reparação de mero erro formal, pode ser realizada até que proferida decisão de primeira instância, assim entendida aquela que é produzida no curso regular da instrução processual, consoante estabelece o art. 2º, § 8º da Lei n. 6.830/1980.

3. Na espécie, não houve qualquer violação a esse dispositivo, uma vez que o Tribunal recorrido, ao julgar agravo de instrumento decorrente de decisão que desproveu exceção de pré-executividade, determinou à Fazenda que procedesse à substituição da CDA, restando inequívoco, de tal modo, que a solução do litígio se encontra, ainda, no âmbito do juízo de primeiro grau, no qual terá regular instrução, inclusive com a prolação da sentença.

4. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp n. 713.656-MS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 2.6.2005, DJ 27.6.2005 p. 273).

Processo Civil. Embargos do devedor à execução fiscal. Aplicação subsidiária do CPC. Art. 284. Possibilidade. Emenda da inicial. Oportunidade de concessão obrigatória.

- Consoante do disposto no art. 1º da Lei de Execução Fiscal, a esta aplicam-se subsidiariamente as regras contidas no Código de Processo Civil.

- Inexistindo na Lei de Execução qualquer norma referente à possibilidade de emenda da petição inicial, o art. 284 do Estatuto Processual deve ser observado.

- Não pode o magistrado decretar a extinção do processo, sem julgamento de mérito, sem antes facultar à parte que proceda à emenda da peça vestibular.

(REsp n. 251.283-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Turma, julgado em 16.6.2000, DJ 1º.8.2000 p. 246).

Assim, em homenagem ao princípio da economia processual, deve ser concedida oportunidade à recorrente para substituir a Certidão de Dívida Ativa eivada de irregularidade.

Com essas considerações, acolho os embargos, com efeito modificativo, e dou parcial provimento ao recurso especial para conferir oportunidade à exequente para substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa.

É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 823.011-RS
(2006/0249935-1)**

Relator: Ministro Castro Meira

Embargante: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Yassodara Camozzato e outros

Embargado: Gilberto César Agnolin

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Embargos de divergência. Tributário. Execução fiscal. IPVA. CDA. Vício. Substituição até a sentença dos embargos à execução. Possibilidade.

1. É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa para especificar a origem da dívida, anotar os exercícios compreendidos e indicar o número do veículo tributado pelo IPVA, até a prolação da sentença dos embargos à execução. Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

2. Não é razoável manter a sentença que extinguiu o feito antes de citado o executado, sem conferir à exequente oportunidade para substituir o título que engloba num único valor a cobrança de diferentes exercícios.

3. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, José Delgado, Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 5.3.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de embargos de divergência opostos pelo Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão exarado pela Primeira Turma no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 823.011-RS, Relator o Ministro José Delgado, sintetizado na seguinte ementa:

Processual Civil. Agravo regimental. IPVA. Substituição de CDA. Impossibilidade. Não-ocorrência de erro formal ou material. Ausência de requisitos essenciais à verificação da validade da CDA. Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial.

2. O acórdão *a quo* considerou viciada a CDA, não autorizando a sua substituição.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que é possível a substituição da CDA, em face da ocorrência de erro material ou formal, antes da prolação da sentença.

4. No entanto, *in casu*, não se trata de mero erro material, mas de ausência de requisitos essenciais à verificação da validade da CDA: origem especificada da dívida, o exercício a que se refere a dívida que lhe dá origem (IPVA) e o veículo (nem o número da placa).

5. Impossibilidade de substituição de Título Executivo quando não se tratar de mera correção de erro material ou formal, por não possuir tutela na Lei n. 6.830/1980 e no CTN.

6. Precedentes citados, não obstante o respeito a eles reverenciado, que não transmitem a posição deste Relator. A convicção sobre o assunto continua a mesma e intensa.

7. Agravo regimental não-provido (fl. 115).

Para comprovar a divergência, o embargante colaciona arestos da Primeira e Segunda Turmas, entre eles o REsp n. 827.677-RS, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, assim sintetizado:

Tributário. Execução fiscal. IPVA. Nulidade da CDA. Ausência de discriminação dos valores por exercício e individualização do veículo. Obrigatoriedade de oportunidade de substituição ou emenda da CDA até a prolação da sentença.

1. A CDA é título formal, cujos elementos devem estar bem delineados para não impedir a defesa do executado.

2. Hipótese dos autos em que a CDA deixou de discriminar os valores do IPVA cobrado por exercício, bem como de individualizar o veículo que desencadeou a execução, o que prejudica a defesa do executado, que se vê tolhido de questionar a origem, as importâncias e a forma de cálculo.

3. A Fazenda Pública pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

4. Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título.

5. Recurso especial provido em parte (DJU de 1º.8.2006).

O Estado embargante sustenta estar configurado o dissídio, pois, “ao passo que a Primeira Turma entendeu pela ‘impossibilidade de substituição de Título Executivo quando não se tratar de mera correção de erro material ou formal, por não possuir tutela na Lei n. 6.830/1980’, a Segunda Turma, em posição diametralmente oposta entende que, ‘em homenagem ao princípio da economia processual, deve ser concedida oportunidade à recorrente para substituir a Certidão de Dívida Ativa eivada de irregularidade’” (fl. 133).

Demonstrada a divergência, conheci dos embargos (fls. 195-196) e determinei a intimação do embargado para ofertar impugnação, tendo decorrido o prazo sem qualquer manifestação (fl. 198-v).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): No caso dos autos, pretendia o Estado embargante substituir a CDA, antes da sentença dos embargos do devedor, pois o título que embasava a execução de valores relativos ao IPVA não especificava a origem da dívida, o exercício a que se referia e o veículo.

Entendeu a Primeira Turma não ser possível a substituição, já que as supostas irregularidades não se apresentavam como erro material, o que havia era ausência de requisitos essenciais à validade da CDA.

A Segunda Turma, em caso idêntico, concluiu ser possível a substituição até a sentença de embargos, nos termos do art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980.

Demonstrada a divergência, conheço dos embargos.

A substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa é uma faculdade conferida à Fazenda Pública em observância ao princípio da economia processual. Tal procedimento é permitido até a prolação da sentença nos embargos à execução, consoante dispõe o § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980, a seguir transcrito:

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

(...)

§ 8º - Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.

Em certas ocasiões, entretanto, a substituição ou emenda da CDA deve ser indeferida. É o caso, por exemplo, da alteração do sujeito passivo nela indicado. Se admitida, representaria a alteração do próprio lançamento.

Assim decidi a Segunda Turma, ao julgar o REsp n. 829.455-BA, de que fui relator:

Processual Civil e Tributário. Omissão. Inocorrência. IPTU. CDA. Substituição do sujeito passivo. Sub-rogação. Impossibilidade.

1. Afasta-se a alegada nulidade do julgado hostilizado ante a ausência de omissão.

2. Não se admite a substituição da CDA para a alteração do sujeito passivo dela constante, pois isso não se trata de erro formal ou material, mas sim de alteração do próprio lançamento. Precedente da Turma: REsp n. 826.927-BA, DJ de 8.5.2006.

3. Recurso especial improvido (DJU de 7.8.2006).

Não é a hipótese dos autos. Pretende o embargante substituir a CDA por vício nitidamente formal, vale dizer, para especificar o débito de IPVA por exercício e individualizar o veículo.

A doutrina tem admitido, em situações desse jaez, a substituição, como demonstram as seguintes citações:

(...) Entretanto, mesmo tratando-se de prerrogativa da Fazenda Pública, há limitações materiais e formais à emenda ou substituição da Certidão da Dívida Ativa.

(...)

Portanto, verificando a Fazenda Pública que da Certidão de Dívida Ativa consta *omissão de qualquer dos requisitos previstos no art. 202 do CTN ou erro a eles relativo*, poderá, por iniciativa própria, ou motivada, promover a emenda ou requerer a substituição da Certidão até o momento da sentença nos embargos, afastando, dessa forma, o vício do título e, conseqüente nulidade da execução.

(...)

Em remate, pode a Fazenda Pública substituir ou emendar a Certidão da Dívida Ativa, até a sentença dos embargos à execução, desde que não exercida essa prerrogativa com o fim de corrigir erros ou vícios do processo administrativo a que se liga a Certidão (Rodrigues, Cláudia *in* "O Título Executivo na Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública". Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. p. 207-208 e 212 - original sem grifos).

O artigo 202 do CTN, a que se refere a autora, estabelece os requisitos obrigatórios da CDA, incluindo a quantia devida, a origem e a natureza do crédito. O dispositivo está redigido da seguinte forma:

Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV - a data em que foi inscrita;

V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Parágrafo único. A certidão conterà, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

Américo Luís Martins da Silva reservou um item exclusivamente para tratar da substituição e emenda da certidão da dívida ativa. Vale transcrever os seguintes excertos do tópico em comento:

Para Aliomar Baleeiro, do *rigor formal da inscrição* como ato jurídico administrativo, decorre logicamente a severidade do acima transcrito art. 203 do CTN, cominando a sanção de nulidade, para a inscrição e para a certidão dela, se forem omitidos ou estiverem erradas as indicações essenciais arroladas no art. 202 do CTN (nome do devedor, dos co-responsáveis; seu domicílio ou residência; a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos; a origem e a natureza do crédito; a data em que foi inscrita; e o número do processo administrativo de que se originar o crédito). Todavia, essa *nulidade por defeito formal* pode ser sanada pela apresentação de nova e correta certidão da inscrição, mas só até o momento anterior à conclusão dos autos ao juiz de primeira instância para julgamento dos embargos do devedor ao executivo fiscal.

(...)

Posteriormente, o § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830, de 22.9.1980, veio prescrever que 'até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos'. Como se vê, o citado § 8º do art. 2º da Lei de Execução Fiscal não inovou em nada a matéria, já que apenas repetiu dispositivo já existente no Código Tributário Nacional. A única diferença reside no fato de o Código Tributário Nacional admitir apenas a *substituição* e a atual Lei de Execução Fiscal permitir não apenas a *substituição* mas também a *emenda*.

Emenda constitui correção de defeito ou de erro, na inscrição e na certidão, por provocação da parte interessada ou de ofício pelo juiz, sem que se tenha que substituí-los integralmente por outros. A emenda refere-se, portanto, ao saneamento de possíveis irregularidades existentes na certidão. Geralmente, o juiz, que conduz as diligências e atos processuais da ação de execução fiscal, examina a certidão tão logo lhe chegue em conclusão o processo, após os trabalhos de autuação e registro. Pode ser que neste momento verifique defeito ou erro que possa ser sanado. Quando isto ocorre, determina, então, que seja emendada.

Já a *substituição* diz respeito a *colocação de uma certidão nova no lugar da anterior, em virtude de defeito ou erro grave que implica na sua nulidade*. Assim, ao contrário da emenda, a *substituição* tem como causa a necessidade de alteração completa da certidão da dívida ativa, inclusive da quantia cobrada. No entanto,

o prazo para que a Fazenda Pública proceda à substituição termina no momento em que for proferida a decisão de primeira instância. Este prazo é de preclusão ("A Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública", pp. 146-147).

Assim, é possível a substituição da CDA para especificar os exercícios compreendidos na dívida e anotar o número do veículo tributado pelo IPVA.

Há precedentes da Primeira Turma que, ao analisar questão idêntica à dos autos, adotou a mesma orientação dos acórdãos paradigma. É o caso do REsp n. 822.835-RS, Relator o Ministro Teori Zavascki, assim ementado:

Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. CDA. Nulidade. Possibilidade de substituição.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte, não é cabível a extinção da execução fiscal com base na nulidade da CDA, antes de citado o executado, sem a anterior intimação da Fazenda Pública para emenda ou substituição do título (REsp n. 745.195-RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 15.8.2005; REsp n. 796.292-RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 6.3.2006).

2. Recurso especial a que se dá provimento (DJU de 11.5.2006).

Embora não especificada a tese na ementa, da leitura do relatório e do voto de Sua Excelência é possível identificar a semelhança com o caso dos autos:

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, em execução fiscal, negou provimento à apelação e manteve sentença que extinguiu o processo por nulidade da Certidão da Dívida Ativa. O aresto atacado encontra-se ementado da seguinte forma:

Apelação cível. Tributário. Execução fiscal. IPVA. CDA. Nulidade.

Nula é a CDA que, para fins de IPVA, não identifica os fatos geradores, no caso, os exercícios fiscais em cobrança, tampouco menciona o veículo objeto da tributação. Inteligência dos arts. 202, III e 203 do CTN.

A substituição ou emenda da CDA é facultada, tão-só, até a sentença de primeiro grau (art. 203, parte final, do CTN).

Negado provimento ao apelo (fl. 85).

(...)

1. Merece ser provido o recurso especial, tendo em vista que, conforme a jurisprudência desta Corte, não é cabível a extinção da execução fiscal com base na nulidade da CDA, antes de citado o executado, sem a anterior intimação da

Fazenda Pública para emenda ou substituição do título. Veja-se os seguintes precedentes:

Processo Civil. Tributário. Execução fiscal. CDA. Nulidade. Possibilidade de substituição até a sentença dos embargos à execução. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. Artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

1. É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença dos embargos à execução. Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

2. Em homenagem ao princípio da celeridade processual, não é razoável manter a sentença que extinguiu o feito antes de citado o executado, sem conferir à exeqüente oportunidade para substituir o título que engloba num único valor a cobrança de diferentes exercícios.

(...)

5. Recurso especial provido (REsp n. 745.195-RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 15.8.2005).

Processo Civil e Tributário. Execução fiscal. IPTU. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. CDA. Possibilidade de substituição ou emenda até a prolação da sentença.

1. (...)

2. A Fazenda Pública pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

3. Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título.

4. Recurso especial provido (REsp n. 796.292-RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 6.3.2006).

No caso em exame, a execução fiscal foi extinta por força da nulidade da CDA, sem ter sido oportunizado ao exeqüente a possibilidade de substituição do título. Aplicável, portanto, o entendimento jurisprudencial desta Corte, devendo ser reformado o aresto atacado.

2. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para determinar o retorno dos autos à origem a fim de que seja oportunizada ao exeqüente a substituição da CDA. É o voto.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos de divergência.

É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 839.824-RS
(2006/0214837-1)**

Relator: Ministro Castro Meira
Embargante: Estado do Rio Grande do Sul
Procuradora: Karina da Silva Brum e outros
Embargado: João Alberto Schenkel Neto
Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Tributário. Processo Civil. Execução fiscal. IPVA. Nulidade da CDA. Substituição viável.

1. A substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa é uma faculdade conferida à Fazenda Pública, em observância ao princípio da economia processual. Tal procedimento, contudo, é permitido até a prolação da sentença, consoante dispõe o § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

2. Antes de prolatada a sentença nos embargos do devedor, deve ser oferecida oportunidade à exequente para substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa, a fim de sanar as deficiências verificadas.

3. O auto de lançamento se presta para comunicar ao contribuinte a existência de crédito em aberto, sendo anterior à emissão da CDA e com esta não se confundindo. Dessarte, a juntada desse auto não pode suprir falha da referida certidão.

4. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, José Delgado, Eliana Calmon, Luiz

Fux, João Otávio de Noronha e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 19.3.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de embargos de divergência opostos pelo Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão, da relatoria do Ministro José Delgado, exarado no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 839.824-RS, assim ementado:

Processual Civil. Agravo regimental. IPVA. Substituição de CDA. Impossibilidade. Não-ocorrência de erro formal ou material. Ausência de requisitos essenciais à verificação da validade da CDA. Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial.
2. O acórdão *a quo* considerou viciada a CDA, não autorizando a sua substituição.
3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que é possível a substituição da CDA, em face da ocorrência de erro material ou formal, antes da prolação da sentença.
4. No entanto, *in casu*, não se trata de mero erro material, mas de ausência de requisitos essenciais à verificação da validade da CDA: origem especificada da dívida, o exercício a que se refere a dívida que lhe dá origem (IPVA) e o veículo (nem o número da placa).
5. Impossibilidade de substituição de Título Executivo quando não se tratar de mera correção de erro material ou formal, por não possuir tutela na Lei n. 6.830/1980 e no CTN.
6. Precedentes citados, não obstante o respeito a eles reverenciado, que não transmitem a posição deste Relator. A convicção sobre o assunto continua a mesma e intensa.
7. Agravo regimental não-provido (fl. 139).

Para comprovar a divergência, o embargante colaciona arestos da Primeira e Segunda Turmas, entre eles o REsp n. 827.677-RS, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, assim sintetizado:

Tributário. Execução fiscal. IPVA. Nulidade da CDA. Ausência de discriminação dos valores por exercício e individualização do veículo. Obrigatoriedade de oportunização de substituição ou emenda da CDA até a prolação da sentença.

1. A CDA é título formal, cujos elementos devem estar bem delineados para não impedir a defesa do executado.

2. Hipótese dos autos em que a CDA deixou de discriminar os valores do IPVA cobrado por exercício, bem como de individualizar o veículo que desencadeou a execução, o que prejudica a defesa do executado, que se vê tolhido de questionar a origem, as importâncias e a forma de cálculo.

3. A Fazenda Pública pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

4. Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exeqüente a oportunidade de emenda ou substituição do título.

5. Recurso especial provido em parte (DJU de 1º.8.2006).

O embargante sustenta restar configurado o dissídio, porquanto a Primeira Turma entendeu pela “impossibilidade de substituição de Título Executivo quando não se tratar de mera correção de erro material ou formal, por não possuir tutela na Lei n. 6.830/1980”, a Segunda Turma, em posição diametralmente oposta, entende que, ‘em homenagem ao princípio da economia processual, deve ser concedida oportunidade à recorrente para substituir a Certidão de Dívida Ativa eivada de irregularidade” (fl. 151).

Decorreu o prazo legal sem que fosse apresentada impugnação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): A substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa é uma faculdade conferida à Fazenda Pública em observância ao princípio da economia processual. Tal procedimento, contudo, é permitido até a prolação da sentença, consoante dispõe o § 8º do artigo 2º da Lei n. 6.830/1980 a seguir transcrito:

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para

elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

(...)

§ 8º - Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.

Por decisão de primeira instância compreende-se a sentença proferida nos embargos à execução, consoante a orientação desta Corte, como se constata no julgado subsequente:

Recurso especial. Alínea **a**. Tributário. Embargos à execução fiscal. CDA. Emenda. Possibilidade até a prolação da sentença. Intimação para apresentação de novos embargos. Prazo de 30 dias. Necessidade. Inteligência do art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980.

A Certidão de Dívida Ativa pode ser substituída até a decisão de primeira instância, ou seja, desde que a petição inicial da execução é submetida ao despacho inicial do juiz até a prolação da sentença que decidir os embargos à execução fiscal eventualmente opostos (cf. art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980).

A Fazenda Pública tem a prerrogativa de alterar a *causa petendi* no curso da ação executiva. Indispensável, no entanto, a intimação do executado após a emenda do título para oposição de novos embargos, assinalado o prazo de 30 dias, na forma do artigo 2º, § 8º, da Lei de Execuções Fiscais.

A executada foi intimada do despacho que deferiu a emenda da CDA por meio de seu advogado, situação que não supre a necessidade de intimação específica para oposição de embargos. Evidencia-se, pois, violação ao direito de defesa do executado, que, em sua manifestação, limitou-se a reiterar os termos contidos na petição dos primeiros embargos e a rebater o conteúdo da impugnação, mencionando, *en passant*, a impossibilidade de emenda do título executivo.

Recurso especial provido (REsp n. 504.168-SE, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 28.10.2003).

A mais abalizada doutrina segue o mesmo entendimento, como se verifica dos trechos retirados de diversas obras relativas ao assunto:

Não há execução sem título executivo, líquido, certo e exigível, que lhe sirva de base ou fundamento (CPC, arts. 583 e 586). A exemplo do que já dispunha o Código Tributário Nacional, art. 203, permite, porém, a Lei n. 6.380 um privilégio à Fazenda Pública, qual seja, o da substituição da Certidão de Dívida Ativa no curso da execução fiscal, **desde que não tenha sido ainda proferida a sentença de primeira instância nos embargos do devedor**" (Theodoro Júnior, Humberto

in "Lei de Execução Fiscal: Comentários e Jurisprudência", 9ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo. 2004, p. 26 - negritei);

Entretanto, mesmo tratando-se de prerrogativa da Fazenda Pública, há limitações materiais e formais à emenda ou substituição da Certidão da Dívida Ativa

(...)

O primeiro aspecto a ser analisado é a oportunidade para a emenda ou substituição da Certidão. Trata-se de um limite de ordem processual. O art. 203 do CTN, em comento, dispõe que (...) "a nulidade poderá ser sanada até a decisão de primeira instância".

O legislador, ao referir-se a decisão de primeira instância teve em mente a sentença proferida nos embargos do executado, pois é nesta que será decidida a controvérsia da pretensão executiva. Para Maria Helena Rau de Souza, "(...) a norma em foco, ao aludir à decisão de primeira instância, teve em vista a sentença de mérito proferida em função de defesa oposta pelo executado, haja vista o conteúdo de sua parte final".

É nos embargos que o executado exercerá amplamente sua defesa, impugnando a legitimidade da pretensão Fazendária, oportunidade que não teve anteriormente, em razão da forma como se constitui o título executivo da Fazenda Pública, conforme já tratado. Em sede de embargos as arestas são aparadas e a pretensão da Fazenda, se subsistir, fica purificada, ao menos quanto ao seu aspecto de direito material.

Portanto, verificando a Fazenda Pública que da Certidão de Dívida Ativa consta *omissão de qualquer dos requisitos* previstos no art. 202 do CTN ou *erro a eles relativo*, poderá, por iniciativa própria, ou motivada, promover a emenda ou requerer a substituição da Certidão **até o momento da sentença nos embargos**, afastando, dessa forma, o vício do título e, conseqüente nulidade da execução.

(...) Em remate, pode a Fazenda Pública substituir ou emendar a Certidão da Dívida Ativa, **até a sentença dos embargos à execução**, desde que não exercida essa prerrogativa com o fim de corrigir erros ou vícios do processo administrativo a que se liga a Certidão (Rodrigues, Cláudia in "O Título Executivo na Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 207-208 e 212 - negritei);

Teve em vista a regra, impelida por grosseiras impropriedades, **à sentença proferida nos embargos opostos pelo executado**, como se depreende da sua parte final. Logo, frente a tais embargos, cuja convincente fundamentação aponta falha na certidão (p. ex., omissão do responsável por substituição, contra o qual se voltou a execução), à Fazenda é admissível corrigir ou substituir o título, alterando a *causa petendi* da respectiva demanda executória (de Assis, Arakén in "Manual do Processo de Execução", Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 813 - negritei).

Américo Luís Martins da Silva, em sua obra “A Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública”, reservou um item exclusivamente para tratar da substituição e emenda da certidão da dívida ativa. Vale transcrever os seguintes excertos do tópico em comento:

Para Aliomar Baleeiro, do *rigor formal da inscrição* como ato jurídico administrativo, decorre logicamente a severidade do acima transcrito art. 203 do CTN, cominando a sanção de nulidade, para a inscrição e para a certidão dela, se forem omitidos ou estiverem erradas as indicações essenciais arroladas no art. 202 do CTN (nome do devedor, dos co-responsáveis; seu domicílio ou residência; a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos; a origem e a natureza do crédito; a data em que foi inscrita; e o número do processo administrativo de que se originar o crédito). Todavia, essa *nulidade por defeito formal* pode ser sanada pela apresentação de nova e correta certidão da inscrição, **mas só até o momento anterior à conclusão dos autos ao juiz de primeira instância para julgamento dos embargos do devedor ao executivo fiscal.**

(...)

Posteriormente, o § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830, de 22.9.1980, veio prescrever que “até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos”. Como se vê, o citado § 8º do art. 2º da Lei de Execução Fiscal não inovou em nada a matéria, já que apenas repetiu dispositivo já existente no Código Tributário Nacional. A única diferença reside no fato de o Código Tributário Nacional admitir apenas a *substituição* e a atual Lei de Execução Fiscal permitir não apenas a *substituição* mas também a *emenda*.

Emenda constitui *correção de defeito ou de erro, na inscrição e na certidão, por provocação da parte interessada ou de ofício pelo juiz, sem que se tenha que substituí-los integralmente por outros*. A *emenda* refere-se, portanto, ao saneamento de possíveis irregularidades existentes na certidão. Geralmente, o juiz, que conduz as diligências e atos processuais da ação de execução fiscal, examina a certidão tão logo lhe chegue em conclusão o processo, após os trabalhos de autuação e registro. Pode ser que neste momento verifique defeito ou erro que possa ser sanado. Quando isto ocorre, determina, então, que seja emendada.

Já a *substituição* diz respeito a *colocação de uma certidão nova no lugar da anterior, em virtude de defeito ou erro grave que implica na sua nulidade*. Assim, ao contrário da *emenda*, a *substituição* tem como causa a necessidade de alteração completa da certidão da dívida ativa, inclusive da quantia cobrada. No entanto, o prazo para que a Fazenda Pública proceda à *substituição* termina no momento em que for proferida a decisão de primeira instância. Este prazo é de preclusão (p. 146-147).

O acórdão embargado não discrepa do acórdão paradigma quanto à possibilidade de substituição do título executivo extrajudicial, assentando em sua ementa:

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que é possível a substituição da CDA, em face da ocorrência de erro material ou formal, antes da prolação da sentença.

No entanto deixou de aplicar tal orientação por dois fundamentos, assim explicitados nos itens 4 e 5 da mesma ementa:

4. No entanto, *in casu*, não se trata de mero erro material, mas de ausência de requisitos essenciais à verificação da validade da CDA: origem especificada da dívida, o exercício a que se refere a dívida que lhe dá origem (IPVA) e o veículo (nem o número da placa).

5. Impossibilidade de substituição de Título Executivo quando não se tratar de mera correção de erro material ou formal, por não possuir tutela na Lei n. 6.830/1980 e no CTN.

Passo ao exame dos acórdãos apontados como paradigma.

Embora a Ministra Eliana Calmon inicie seu voto, no Recurso Especial n. 827.677, em que foi relatora, esposando o entendimento de que é nulo o título, ante “a ausência de discriminação dos valores por exercício, bem como do veículo que originou o débito fiscal”, S. Exa. conclui:

Quanto à tese remanescente, de acordo com a orientação firmada por esta Corte, a emenda ou substituição da Certidão de Dívida Ativa é uma faculdade conferida à Fazenda Pública em observância ao princípio da economia processual, sendo esse procedimento permitido até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980. Nesse sentido, estão os seguintes julgados:

Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. CDA. Nulidade. Possibilidade de substituição.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte, não é cabível a extinção da execução fiscal com base na nulidade da CDA, antes de citado o executado, sem a anterior intimação da Fazenda Pública para emenda ou substituição do título (REsp n. 745.195-RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 15.8.2005; REsp n. 796.292-RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 6.3.2006).

2. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp n. 822.835-RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 2.5.2006, DJ 11.5.2006 p. 177)

Processo Civil e Tributário. Execução fiscal. IPTU. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. CDA. Possibilidade de substituição ou emenda até a prolação da sentença.

1. Está pacificado no âmbito da Primeira Seção o entendimento de que, em sede de execução fiscal, a prescrição não pode ser decretada de ofício.

2. A Fazenda Pública pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

3. Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título.

4. Recurso especial provido.

(REsp n. 796.292-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15.12.2005, DJ 6.3.2006 p. 368)

Processo Civil. Tributário. Execução fiscal. CDA. Nulidade possibilidade de substituição até a sentença dos embargos à execução. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. Artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

1. É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença dos embargos à execução.

Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

2. Em homenagem ao princípio da celeridade processual, não é razoável manter a sentença que extinguiu o feito antes de citado o executado, sem conferir à exequente oportunidade para substituir o título que engloba num único valor a cobrança de diferentes exercícios.

3. A ação de execução fiscal versa sobre direito de natureza patrimonial. O julgador singular, ao decretar de ofício a prescrição da execução, não observou o disposto no art. 219, § 5º do CPC, aplicável na espécie. Precedentes.

4. A decretação de ofício da prescrição - mesmo assim, após a ouvida da Fazenda Pública - somente se tornou possível com o advento da Lei n. 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei n. 6.830, de 22.9.1980, com a seguinte redação: "Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o Juiz, depois de ouvir a Fazenda Pública, poderá reconhecer a prescrição e decretá-la de imediato".

5. Recurso especial provido.

(REsp n. 745.195-RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 2.6.2005, DJ 15.8.2005 p. 295)

Execução fiscal. Recurso especial. Vício formal em CDA. Possibilidade de substituição. Ausência de nulidade. Aplicação da regra inscrita no art. 2º, § 8º da Lei n. 6.830/1980. Agravo interposto contra decisão que nega provimento à exceção de pré-executividade. Decisão colegiada. Inexistência de prejuízo à substituição da CDA. Recurso especial conhecido e desprovido.

1. Agravo de instrumento interposto por *Bataguçu Comércio de Peças para Tratores Ltda.* contra a decisão da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Campo Grande-MS que julgou improcedente a exceção de pré-executividade apresentada nos autos da execução fiscal movida pelo Município de Campo Grande-MS contra a ora agravante. O acórdão do TJMS proveu parcialmente o agravo por entender que a instauração de processo administrativo não é pressuposto para a discussão da matéria na via judicial e que a inexistência da indicação do fundamento legal na CDA não tem o condão de fulminar de nulidade o título executivo, por ser possível a emenda ou substituição. Em sede de recurso especial, alega-se violação dos arts. 203 do CTN e 2º da Lei de Execuções Fiscais, em razão de os artigos supracitados serem expressos ao prever que a substituição só pode ocorrer até a decisão de primeira instância, não procedendo o argumento de que o texto legal refere-se à decisão proferida em sede de embargos, pois os dispositivos não usaram a palavra “sentença”, mas a expressão “decisão de primeiro grau”.

Afirma, ainda, que a decisão proferida em sede de exceção de pré-executividade, por se tratar também de uma decisão de primeira instância, faz parte do campo de incidência dos nominados artigos e que seria contra-senso permitir que, após todo esse trâmite processual, pudesse o recorrido substituir ou emendar o título.

Contra-razões sustentando que a substituição da CDA só será feita quando a decisão transitar em julgado e que a CDA tem presunção de certeza e liquidez.

2. A substituição de CDA, com o objetivo de reparação de mero erro formal, pode ser realizada até que proferida decisão de primeira instância, assim entendida aquela que é produzida no curso regular da instrução processual, consoante estabelece o art. 2º, § 8º da Lei n. 6.830/1980.

3. Na espécie, não houve qualquer violação a esse dispositivo, uma vez que o Tribunal recorrido, ao julgar agravo de instrumento decorrente

de decisão que desproveu exceção de pré-executividade, determinou à Fazenda que procedesse à substituição da CDA, restando inequívoco, de tal modo, que a solução do litígio se encontra, ainda, no âmbito do juízo de primeiro grau, no qual terá regular instrução, inclusive com a prolação da sentença.

4. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp n. 713.656-MS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 2.6.2005, DJ 27.6.2005 p. 273)

Processo Civil. Embargos do devedor à execução fiscal. Aplicação subsidiária do CPC. Art. 284. Possibilidade. Emenda da inicial. Oportunidade de concessão obrigatória.

- Consoante do disposto no art. 1º da Lei de Execução Fiscal, a esta aplicam-se subsidiariamente as regras contidas no Código de Processo Civil.

- Inexistindo na Lei de Execução qualquer norma referente à possibilidade de emenda da petição inicial, o art. 284 do Estatuto Processual deve ser observado.

- Não pode o magistrado decretar a extinção do processo, sem julgamento de mérito, sem antes facultar à parte que proceda à emenda da peça vestibular.

(REsp n. 251.283-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Turma, julgado em 16.6.2000, DJ 1º.8.2000 p. 246).

De fato, resta comprovada a divergência entre os julgados.

No caso em tela, antes da prolação da sentença nos embargos do devedor, não foi proporcionada à exequente a faculdade de substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa, a fim de sanar as deficiências verificadas, o que levou à equivocada extinção do processo sem resolução de mérito.

O auto de lançamento presta-se para comunicar ao contribuinte a existência de crédito em aberto. É anterior à emissão da CDA, e com esta não se confunde. Dessarte, sua juntada não pode suprir falha da certidão.

A CDA é emitida - caso o débito fiscal não seja solvido - e serve para perfectibilizar o título e instrumentalizar a execução fiscal.

Ante o exposto, *dou provimento aos embargos de divergência.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 750.248-BA (2005/0079465-8)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Município de Salvador

Procurador: Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outro(s)

Recorrido: Wilson de Araújo Andrade

EMENTA

Tributário. Execução fiscal. Substituição da CDA. Alteração do sujeito passivo da obrigação tributária. Impossibilidade.

1. “O Tribunal de origem decidiu a questão em conformidade com a orientação firmada neste Pretório no sentido de que é possível a substituição da CDA, antes da prolação da sentença, quando se tratar de correção de erro material ou formal, sendo inviável, entretanto, a alteração do título executivo para modificar o sujeito passivo da execução, não encontrando, tal providência, amparo na Lei n. 6.830/1980” (AgRg no Ag n. 771.386-BA, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 12.12.2006). Precedentes: REsp n. 829.455-BA, Min. Castro Meira, DJ de 7.8.2006 e AgRg no Ag n. 732.402-BA, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 28.4.2006.

2. 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, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 19 de junho de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 29.6.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que, em execução fiscal, negou provimento à apelação e manteve a sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, decidindo, no que importa ao presente recurso, que a emenda ou substituição de certidão de dívida, prevista nos arts. 203 do CTN e no § 8º do inciso VI do art. 2º da Lei n. 6.830/1980, só é possível nos casos de erro material.

No recurso especial (fls. 47-55), o recorrente aponta ofensa ao artigo 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980, uma vez que a exequente pode alterar a certidão de dívida ativa até a decisão de primeira instância.

Sem contra-razões (fl. 60).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Cinge-se a controvérsia em saber se é admissível a substituição da CDA em virtude da alteração do sujeito passivo da obrigação tributária, por ocasião do reconhecimento da ilegitimidade passiva da executada pelo próprio exequente. Conforme consta do acórdão recorrido (fl. 63), a alienação do imóvel ocorreu em 1995 e o débito, objeto da presente demanda, refere-se ao IPTU e taxas relativas aos exercícios de 1998 a 2000. Não se nega, a princípio, que a Certidão de Dívida Ativa, por força do art. 203, do CTN, e do § 8º do art. 2º, da Lei n. 6.830/1980, pode, em determinados casos, ser emendada ou substituída até “a decisão de primeira instância”. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou orientação no sentido de que tal substituição somente é admissível nas hipóteses de erros materiais ou pequenos defeitos formais; nunca, porém, com a finalidade de corrigir vícios que acarretem substancial modificação no lançamento do débito tributário. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso especial. Tributário. IPTU. Execução fiscal. Substituição da CDA. Hipótese que implica alteração no lançamento. Inviabilidade.

1. Nos termos do art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980, “até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos”. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que tal preceito ampara apenas as hipóteses de mera correção de erro material ou formal, sendo inviável a substituição da CDA nos casos em que haja necessidade de se alterar o próprio lançamento. Nesse sentido: REsp n. 829.455-BA, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 7.8.2006; AgRg no REsp n. 823.011-RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 3.8.2006; REsp n. 667.186-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 6.6.2006; REsp n. 87.768-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 27.11.2000.

2. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag n. 815.732-BA, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 3.5.2007).

Processual Civil. Agravo regimental. IPVA. Substituição de CDA. Impossibilidade. Não-ocorrência de erro formal ou material. Ausência de requisitos essenciais à verificação da validade da CDA. Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial.

2. O acórdão *a quo* considerou viciada a CDA, não autorizando a sua substituição.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que é possível a substituição da CDA, em face da ocorrência de erro material ou formal, antes da prolação da sentença.

4. (...)

5. (...)

6. (...)

7. Agravo regimental não-provido (AgRg no REsp n. 823.011-RS, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 20.6.2006).

2. No caso dos autos, a pretendida substituição da CDA não decorreu de simples erro material, mas de pedido de alteração do sujeito passivo da obrigação tributária, por ocasião do reconhecimento da ilegitimidade passiva da executada pelo próprio exequente. Em casos análogos, ambas as Turmas da 1ª Seção desta Corte assim se manifestaram:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Tributário. IPTU. Substituição da CDA antes da prolação da sentença. Alteração do sujeito passivo da execução. Impossibilidade. Art. 135 do CTN. Matéria nova. Agravo desprovido.

1. O Tribunal de origem decidiu a questão em conformidade com a orientação firmada neste Pretório no sentido de que é possível a substituição da CDA, antes da prolação da sentença, quando se tratar de correção de erro material ou

formal, sendo inviável, entretanto, a alteração do título executivo para modificar o sujeito passivo da execução, não encontrando, tal providência, amparo na Lei n. 6.830/1980.

2. A argumentação adotada nas razões do presente agravo regimental, referente à aplicação do art. 135 do CTN, é nova, não tendo sido anteriormente suscitada no recurso especial, o que torna inviável a sua análise neste momento processual.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag n. 771.386-BA 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 12.12.2006).

Processual Civil e Tributário. Omissão. Inocorrência. IPTU. CDA. Substituição do sujeito passivo. Sub-rogação. Impossibilidade.

1. Afasta-se a alegada nulidade do julgado hostilizado ante a ausência de omissão.

2. Não se admite a substituição da CDA para a alteração do sujeito passivo dela constante, pois isso não se trata de erro formal ou material, mas sim de alteração do próprio lançamento. Precedente da Turma: REsp n. 826.927-BA, DJ de 8.5.2006.

3. Recurso especial improvido (REsp n. 829.455-BA, Min. Castro Meira, DJ de 7.8.2006)

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. IPTU. Substituição de CDA. Não-ocorrência de erro formal ou material. Modificação do próprio sujeito passivo. Impossibilidade. Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão negou provimento a agravo de instrumento.

2. O acórdão *a quo* extinguiu execução fiscal, com base no art. 267, VI, do CPC, ao entendimento de que a emenda ou substituição de certidão de dívida ativa facultada ao credor, nos termos dos arts. 203 do CTN e 2º, § 8º, da LEF, só é possível na hipótese de erro material ou formal.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que é possível a substituição da CDA, em face da ocorrência de erro material ou formal, antes da prolação da sentença.

4. No entanto, *in casu*, não se trata de mero erro material, mas de pedido de alteração do sujeito passivo da obrigação tributária após o exeqüente reconhecer a ilegitimidade passiva acionada para figurar na lide.

5. Impossibilidade de substituição de Título Executivo quando não se tratar de mera correção de erro material ou formal e, sim, de modificação do próprio sujeito passivo, o que não possui tutela na Lei n. 6.830/1980 e no CTN.

6. Agravo regimental não-provido (AgRg no Ag n. 732402-BA, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 28.4.2006).

Foi essa a orientação adotada pelo acórdão recorrido, razão pela qual deve ser mantido.

3. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 829.455-BA (2006/0056758-6)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Município de Salvador

Procurador: Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros

Recorrido: Lícia Maria Mello de Carvalho

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Omissão. Inocorrência. IPTU. CDA. Substituição do sujeito passivo. Sub-rogação. Impossibilidade.

1. Afasta-se a alegada nulidade do julgado hostilizado ante a ausência de omissão.

2. Não se admite a substituição da CDA para a alteração do sujeito passivo dela constante, pois isso não se trata de erro formal ou material, mas sim de alteração do próprio lançamento. Precedente da Turma: REsp n. 826.927-BA, DJ de 8.5.2006.

3. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 27 de junho de 2006 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 7.8.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial interposto, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado:

Processual Civil e Tributário. IPTU. Execução fiscal. Ilegitimidade passiva *ad causam* evidente. Extinção do processo sem exame de mérito. Artigos 267, VI, e 329 do CPC. Apelação. Presença dos pressupostos de admissibilidade. Pretensão de substituição processual. No curso da lide. Inexistência de simples erro material na Certidão de Dívida Ativa. Impossibilidade. Inteligência dos artigos 2º, § 8º da Lei n. 6.830/1980 e 203 do CTN. Precedente jurisprudencial. Sentença proferida em consonância com elementos carreados para os autos e legislação em vigor. Confirmação cabível. Recurso improvido.

A emenda ou substituição de certidão de dívida ativa facultada ao credor, nos termos dos artigos 203 do CTN e § 8º do art. 2º, da Lei n. 6.830/1980, só é possível na hipótese de erro material ou formal.

A Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 2º, § 8º, faculta ao credor emendar ou substituir Certidão da Dívida Ativa, nas hipóteses de omissão dos requisitos do termo de inscrição da certidão (RT 799/397), ou ocorrência de erros materiais e defeitos formais ou de parcelas certas (RTFR 157/173).

Os dispositivos legais invocados pelo apelante não autorizam a substituição do sujeito passivo no curso da lide, após constatação da ilegitimidade passiva *ad causam*, ensejadora da extinção do processo sem exame do mérito, conforme inteligência do art. 267, VI, do CPC (fl. 66).

O recorrente aponta, além de dissídio pretoriano, maltrato aos artigos 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980 - LEF, visto que esse dispositivo autoriza a substituição da Certidão de Dívida Ativa - CDA até a prolação da sentença nos embargos do devedor, 130 do Código Tributário Nacional - CTN, pois com a venda do imóvel a responsabilidade pelo pagamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU é transferida ao adquirente e 165, 458 e 535 do Código de Processo Civil - CPC, ante a ocorrência de omissão.

Sem contra-razões, os autos vieram a esta Corte em face de provimento que dei a agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Devidamente prequestionados os dispositivos legais suscitados e demonstrado o dissídio jurisprudencial nos moldes regimentais, o recurso especial merece ser conhecido.

Afasto a alegada nulidade do acórdão, pela ausência de omissão, porquanto a lide foi decidida pelo julgador que se valeu de elementos que entendeu aplicáveis e suficientes para a sua solução.

Não há cerceamento de defesa ou omissão de pontos suscitados pelas partes, pois ao juiz cabe apreciar a lide de acordo com o seu livre convencimento, não estando obrigado a analisar todos os pontos suscitados.

No acórdão recorrido, o Tribunal *a quo* expôs os seguintes fundamentos:

“A substituição da CDA até a decisão de 1ª instância só é possível em se tratando de erro material ou formal” (REsp n. 347.423-SC, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ 5.8.2002).

No caso em tela, a pretendida substituição da certidão de dívida ativa não decorreu de erro material, mas de pedido de alteração do sujeito passivo da obrigação tributária, após o exeqüente reconhecer a ilegitimidade passiva da acionada para figurar na demanda. Ora, se o município acionou quem não devia, que ingresse com nova execução.

Prevê o art. 130 do CTN que, “os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação”.

Todavia, somente opera quando a execução é ajuizada contra o próprio adquirente, pois ele é o responsável tributário. Sendo-o contra o transmitente, não é cabível, dentro dos autos, corrigir a ilegitimidade passiva para trazer a parte legítima - o adquirente - à relação processual.

Os dispositivos legais invocados pelo apelante não autorizam a substituição do sujeito passivo no curso da lide, após constatação da ilegitimidade passiva *ad causam*, ensejadora da extinção do processo sem exame do mérito, conforme inteligência do art. 267, VI, do CPC (fls. 67-68).

O artigo 130 do Código Tributário Nacional preconiza:

Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

O § 8º do artigo 2º da Lei n. 6.830/1980 dispõe:

Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.

O acórdão recorrido não merece reforma. De fato, a CDA, *ex vi* do § 8º do artigo 2º da Lei de Execuções Fiscais, poderá ser emendada ou substituída até a decisão de primeira instância, assegurada a devolução do prazo para embargos; contudo, sua substituição só é permitida quando se tratar de erros materiais e defeitos formais ou de supressão de parcelas certas, e não em casos que impliquem alteração do próprio lançamento.

Na realidade, pretende o recorrente a modificação do sujeito passivo da CDA e não a sua substituição por erro de valor, o que não se admite, sob pena de alteração do próprio lançamento. Neste sentido, os seguintes precedentes:

Processual Civil e Tributário. IPTU. CDA. Substituição. Sub-rogação.

1. A substituição da Certidão de Dívida Ativa é permitida até o momento em que for proferida decisão de primeira instância, mas, tão-somente quando se tratar de erro formal ou material, e não em casos que impliquem alteração do próprio lançamento.

2. Recurso especial improvido (REsp n. 826.927-BA, DJ de 8.5.2006).

Recurso especial. Embargos à execução fiscal. Substituição de Certidão de Dívida Ativa. Inexistência de simples erro material. Impossibilidade.

1. Entendimento desta Corte no sentido de que a substituição da CDA até a decisão de primeira instância só é possível em se tratando de erro material ou formal.

2. Recurso especial improvido. (REsp n. 347.423-AC, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 5.8.2002);

Tributário. Execução fiscal. Certidão de inscrição da dívida ativa. Indébito parcial reconhecido em ação declaratória. Substituição. Possibilidade até a decisão de primeira instância proferida na execução ou nos embargos a ela opostos. Artigos 203 do Código Tributário Nacional e 2º, § 8º, da Lei de Execução Fiscal. Recurso não conhecido.

A certidão de dívida ativa pode ser substituída até a decisão de primeira instância, ou seja, desde o instante em que a petição inicial da execução é submetida ao despacho inicial do Juiz, até a prolação da sentença que decidir os embargos eventualmente opostos.

Duas são as oportunidades em que basicamente a Fazenda Pública pode corrigir o título executivo: “a) No prazo assinado pelo juiz, se este constatou o vício ao despachar a petição inicial” e “b) Enquanto não forem julgados os embargos do executado” (Milton Flaks, ‘Comentários à Lei da Execução Fiscal’, Forense, 1981, 1ª edição, p. 109).

A substituição da certidão da dívida ativa que embasava a execução fiscal ajuizada contra a recorrente era de rigor, diante do indébito declarado na ação ordinária, e, encontrando-se os embargos por ela opostos ainda não julgados, era de todo pertinente essa substituição.

Consoante a própria recorrente transcreve em suas razões da presente irresignação (fl. 270), não houve cerceamento ao seu direito de defesa, porquanto, atendendo à determinação do Juízo de primeiro grau, o exeqüente requereu a exclusão dos valores indevidos, com a conseqüente substituição da Certidão de Dívida Ativa (fl. 57), pedido atendido com a determinação judicial da reabertura do prazo para oposição de embargos (fl. 67).

Precedentes.

Recurso especial não conhecido. Decisão unânime (REsp n. 272.238-RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 25.3.2002).

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso especial*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 837.250-RS (2006/0080485-4)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Márcia de Sousa Gomes e outros
Recorrido: Boa Vista S/A Arrendamento Mercantil
Advogado: Alvair Rogério Santos da Rosa e outro

EMENTA

Tributário. Execução fiscal. IPVA. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Nulidade da CDA. Ausência de discriminação dos valores por exercício e individualização do veículo. Obrigatoriedade de oportunidade de substituição ou emenda da CDA até a prolação da sentença.

1. Aplica-se o teor da Súmula n. 282-STF quanto às questões não prequestionadas.

2. A CDA é título formal, cujos elementos devem estar bem delineados para não impedir a defesa do executado.

3. Hipótese dos autos em que a CDA deixou de discriminar os valores do IPVA cobrado por exercício, bem como de individualizar o veículo que desencadeou a presente execução, o que prejudica a defesa do executado, que se vê tolhido de questionar a origem, as importâncias e a forma de cálculo.

4. A Fazenda Pública pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

5. Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título.

6. Recurso especial provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ 14.3.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 119):

Direito Tributário. IPVA. Falta de indicação, na Certidão de Dívida Ativa (CDA), do veículo e do exercício a que se refere a dívida. Para que a Certidão de Dívida Ativa tributária (CDA) extraída nos termos do parágrafo único do art. 202 do Código Tributário Nacional possa ser tida como título executivo de certeza e liquidez presumida (art. 204 do mesmo Código), deve ser o resumo qualificado, em peça única, não admitindo anexos, do lançamento que lhe deu origem, levado a efeito nos termos do art. 142 do Código. É nula de pleno direito, nos termos do art. 203 do referido Código, a exigir a extinção judicial, até de ofício, do feito executivo que embasa, por não atender ao disposto no inciso III do art. 202 do mesmo Código (origem especificada da dívida), a CDA que não indica o veículo (número da placa, pelo menos) e o exercício a que se refere a dívida que lhe dá origem (IPVA, no caso), elementos esses que serviram de fundamento para a apuração e o lançamento do crédito tributário nela consignado. Omissão dessa ordem retira do título não só a presunção de sua certeza e liquidez, como também cerceia o direito de defesa do devedor e impede o Judiciário de analisar-lhe as circunstâncias fático-jurídicas, inclusive quanto ao termo inicial da correção monetária e dos juros, e, até mesmo, quanto a uma possível decadência em relação ao lançamento havido.

Negaram provimento ao apelo. Unânime.

Aponta o *Estado do Rio Grande do Sul* violação dos arts. 202 e 203 do CTN; 2º, § 5º, III, da LEF; 284, 467 e 471 do CPC, além de dissídio jurisprudencial.

Sustenta que o acórdão recorrido violou os arts. 467 e 471 do CPC, uma vez que já houve pronunciamento judicial sobre a matéria, sendo a decisão protegida pelos institutos da coisa julgada e da preclusão.

Alega, ainda, que caberia ao juiz, antes de determinar a extinção da execução, intimar o exequente para que substituísse a CDA, o que implicou em ofensa do art. 284, do CPC.

Afirma que os arts. 2º, § 5º, III, da LEF e 202 do CTN elencam como requisito da CDA apenas a origem e a natureza do crédito e por isso “exigir a identificação do veículo, a indicação de sua placa, na CDA, significa afirmar que nela deva constar a origem não apenas do crédito tributário, mas da própria obrigação tributária”.

Após contra razões, subiram os autos, admitido o especial na origem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Primeiramente, aplico o teor da Súmula n. 282-STF sobre a tese em torno dos arts. 467 e 471 do CPC por não ter o Tribunal de origem emitido sobre ela qualquer juízo de valor, estando ausente o requisito do prequestionamento.

A jurisprudência pacificada nesta Corte é no sentido de não se usar rígidos critérios de aferição de valia da CDA, diante o princípio da instrumentalidade das formas. Não se deve esquecer, entretanto, que os títulos executivos, dentre os quais a CDA, são títulos formais, nos quais devem estar bem delineados os aspectos indispensáveis para que possa o executado produzir a sua defesa. Para exemplificar, colaciono o seguinte precedente:

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Execução fiscal. Certidão de Dívida Ativa. Requisitos para constituição válida. Nulidade não configurada.

1. Conforme preconiza os arts. 202 do CTN e 2º, § 5º da Lei n. 6.830/1980, a inscrição da dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza na medida que contenha todas as exigências legais, inclusive, a indicação da natureza do débito e sua fundamentação legal, bem como forma de cálculo de juros e de correção monetária.

2. A finalidade desta regra de constituição do título é atribuir à CDA a certeza e liquidez inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções arbitrárias.

3. A pena de nulidade da inscrição e da respectiva CDA, prevista no art. 203 do CTN, deve ser interpretada *cum granu salis*. Isto porque o insignificante defeito formal que não compromete a essência do título executivo não deve reclamar por parte do exequente um novo processo com base em um novo lançamento tributário para apuração do tributo devido, posto conspirar contra o princípio da efetividade aplicável ao processo executivo extrajudicial.

4. Destarte, a nulidade da CDA não deve ser declarada por eventuais falhas que não geram prejuízos para o executado promover a sua a defesa.

5. Estando o título formalmente perfeito, com a discriminação precisa do fundamento legal sobre que repousam a obrigação tributária, os juros de mora, a multa e a correção monetária, revela-se descabida a sua invalidação, não se configurando qualquer óbice ao prosseguimento da execução.

6. O Agravante não trouxe argumento capaz de infirmar o decisório agravado, apenas se limitando a corroborar o disposto nas razões do Recurso Especial e no Agravo de Instrumento interpostos, de modo a comprovar o desacerto da decisão agravada.

7. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 485.548-RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6.5.2003, DJ 19.5.2003 p. 145)

O Tribunal de origem, sobre a questão, assim entendeu (fl. 121):

No tocante ao título, pois, tenho que correta a conclusão da sentença: 'é nula, de pleno direito, nos termos do art. 203 do CTN, a Certidão de Dívida Ativa (CDA) que não indica o veículo e o exercício a que se refere a dívida de IPVA que lhe dá origem, requisitos esses expressamente exigidos pelo inciso III do art. 202 do mesmo Código (origem especificada da dívida). Feito executivo que, via de consequência, também resta extinto, com decretação judicial até de ofício.

Essa é justamente a questão que deve ser enfrentada: é válida uma CDA para cobrança de tributo de mais de um exercício, em que não estão especificados os valores por período e nem discrimina o veículo tributado?

Na mesma linha de entendimento do Tribunal *a quo*, considero que a ausência de discriminação dos valores por exercício, bem como do veículo que originou o débito fiscal, tolhe o questionamento das importâncias e da forma de cálculo. Não se trata de mera formalidade, sendo, portanto, nulo o título. Nesse sentido, colho o seguinte julgado:

Processo Civil. Tributário. Execução fiscal. IPVA. CDA. Vício. Substituição até a sentença dos embargos à execução. Possibilidade. Requisitos de validade. Ausência. Nulidade.

1. É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença dos embargos à execução. Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

2. Não é razoável manter a sentença que extinguiu o feito antes de citado o executado, sem conferir à exequente oportunidade para substituir o título que engloba num único valor a cobrança de diferentes exercícios.

3. A Certidão de Dívida Ativa deve preencher todos os requisitos constantes do art. 202 do Código Tributário Nacional - CTN, de modo a permitir ao executado a ampla defesa. Ao agregar em um único valor os débitos originários de IPVA relativos a exercícios distintos, sem identificar os veículos a que se reportam, impossibilita-se o exercício de tal direito.

4. Recurso especial provido em parte.

(REsp n. 819.407-RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 4.4.2006, DJ 18.4.2006 p. 198)

Processual Civil. Recurso especial. Execução fiscal. Certidão de Dívida Ativa. Requisitos essenciais. Desobediência aos ditames do art. 2º, § 5º da Lei n. 6.830/1980. Precariedade patente. Respeito ao princípio da ampla defesa. Nulidade do título.

1. Cuidam os autos de embargos de devedor manejados por João Gabriel Scherer em face de execução fiscal ajuizada pelo Município de Porto Alegre-RS com base na ausência de pagamentos referentes ao IPTU atinentes aos anos de 1994 a 1996. Aduz, em síntese, que é parte ilegítima em virtude de ter adquirido de boa-fé o imóvel em novembro/1998, não constando há época algum débito na guia de recolhimento do imposto de transmissão, tendo a transação sido regularmente realizada, sendo a real devedora a pessoa jurídica *Maria Amenaide de Oliveira*, a alienante. O juízo monocrático prolatou sentença ante a impossibilidade jurídica do pedido por falta de segurança do juízo por considerar que inexistia auto ou termo de penhora, garantidor do juízo e viabilizador jurídico da propositura da presente demanda, julgando assim, extinto o processo nos termos do art. 267, IV do CPC, para condenar o embargante no pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 3 (três) URHs. Irresignado, o embargante interpôs apelação requerendo a cassação da sentença vergastada sob a alegação de que os embargos se amoldam ao caso em comento por estar configurada a prescrição no título executivo, pois trata-se de dívida de IPTU atinente aos anos de 1994 a 1996, portanto, antes de seguro o juízo, tornando o título ilíquido e improcedente a execução. O TJRS proferiu, por maioria, acórdão reconhecendo que o expediente adequado ao caso seria a exceção de pré-executividade em razão da ilegitimidade ad causam, frisando que é possível recebê-la sem garantia do juízo, devendo o mesmo posicionamento ser estendido aos embargos à execução nestas circunstâncias. Por fim, determinou a remessa dos autos ao juízo monocrático. Contrapondo-se ao aresto adrede mencionado, o ente municipal interpôs embargos infringentes requerendo a subsistência da sentença cassada, alegando que a embargante, ao escolher a via equivocada para exercer o *jus postulandi* apresentando embargos à execução, deveria ter atentado para seus pressupostos, garantindo, dessa forma, o juízo. Sobreveio

acórdão negando provimento aos embargos infringentes por considerar que o embargado não está obrigado a garantir previamente o juízo para discutir sua ilegitimidade passiva. Remetidos novamente os autos à 1ª instância, foi prolatada sentença julgando parcialmente procedentes os embargos à execução para reconhecer, tão-somente, a prescrição do IPTU atinente ao exercício de 1994, devendo o embargado apresentar novo demonstrativo de cálculo com a exclusão do exercício retrocitado. Quanto aos honorários, determinou que o embargante arcasse com 15% (quinze por cento) e o embargado 10% (dez por cento) sobre o novo valor da execução, restando afastada a compensação. Manejando recurso de apelação, o embargante requereu a reforma do decisorio fustigado a fim de que fosse declarada a) a nulidade da CDA, pois ao reconhecer a prescrição somente em relação ao exercício de 1994 acabou por retirar a certeza e liquidez do título; e b) indevida a condenação desigual em honorários advocatícios. *O TJRS proferiu acórdão declarando a nulidade da CDA de ofício, restando prejudicada a apelação aduzindo, em síntese, que é inadmissível que a CDA englobe mais de um exercício sem fazer a correta discriminação dos exercícios a que se refere, bem como do montante relativo aos juros, correção monetária e multa.* O ente municipal interpôs recurso especial requerendo a reforma do aresto vergastado a fim de que fosse reconhecida a validade da CDA trazendo à baila as seguintes razões: a) houve violação dos arts. 108, 109, 110, 202 e 203 do CTN e artigo 2º, §§ 5º e 6º da Lei n. 6.830/1980 em razão do acórdão recorrido ter realizado uma interpretação reducionista em relação aos dispositivos legais, tendo se distanciado da teleologia da lei; b) mesmo a CDA que não especifica o valor de cada exercício é válida e perfeita, não decorrendo nenhum prejuízo, formal ou material, para a defesa; c) a exigência de que a CDA contenha a discriminação de valores por exercício é descabida por realizar interpretação ampliativa do comando legal, pois não está expresso em algum dos dispositivos legais que fundamentam a decisão que a CDA deva ter tal especificação. Apresentadas contra-razões pugnando pelo improvimento do presente recurso, aduzindo ausência de prequestionamento e impossibilidade de reexame de matéria-fática probatória, qual seja, as cláusulas contratuais.

2. Não se conhece de recurso especial fincado na alínea c, inciso III do art. 105 da CF/1988, quando a alegada divergência jurisprudencial não é devidamente demonstrada, nos moldes em que exigida pelo parágrafo único do artigo 541 do CPC, c.c. o art. 255 e seus §§ do RISTJ.

3. Ausência de pronunciamento do acórdão recorrido quanto aos arts. 108, 109 e 110 do CTN. Incidência do Enunciado n. 282 da Súmula do STF. Não-conhecimento.

4. A CDA, enquanto título que instrumentaliza a execução fiscal, deve estar revestida de tamanha força executiva que legitime a afetação do patrimônio do devedor, mas à luz do princípio do devido processo legal, proporcionando

o enaltecimento do exercício da ampla defesa quando apoiado na estrita legalidade.

5. Os requisitos legais para a validade da CDA não possuem cunho formal, mas essencial, visando a permitir a correta identificação, por parte do devedor, do exato objeto da execução, com todas as suas partes constitutivas (principal e acessórias), com os respectivos fundamentos legais, de modo que possa garantir, amplamente, a via de defesa.

6. É inadmissível o excesso de tolerância com relação à ilegalidade do título exequente, eis que o exequente já goza de tantos privilégios para a execução de seus créditos que não pode descumprir os requisitos legais para a sua cobrança.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e não-provido.

(REsp n. 733.432-RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 21.6.2005, DJ 8.8.2005 p. 202) - ressalva dos grifos

Quanto à tese remanescente, de acordo com a orientação firmada por esta Corte, a emenda ou substituição da Certidão de Dívida Ativa é uma faculdade conferida à Fazenda Pública em observância ao princípio da economia processual, sendo esse procedimento permitido até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980. Nesse sentido, estão os seguintes julgados:

Processo Civil. Tributário. Execução fiscal. CDA. Nulidade possibilidade de substituição até a sentença dos embargos à execução. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. Artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

1. É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença dos embargos à execução.

Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

2. Em homenagem ao princípio da celeridade processual, não é razoável manter a sentença que extinguiu o feito antes de citado o executado, sem conferir à exequente oportunidade para substituir o título que engloba num único valor a cobrança de diferentes exercícios.

3. A ação de execução fiscal versa sobre direito de natureza patrimonial. O julgador singular, ao decretar de ofício a prescrição da execução, não observou o disposto no art. 219, § 5º do CPC, aplicável na espécie. Precedentes.

4. A decretação de ofício da prescrição - mesmo assim, após a ouvida da Fazenda Pública - somente se tornou possível com o advento da Lei n. 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei n. 6.830, de 22.9.1980, com a seguinte redação: "Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o

prazo prescricional, o Juiz, depois de ouvir a Fazenda Pública, poderá reconhecer a prescrição e decretá-la de imediato”.

5. Recurso especial provido.

(REsp n. 745.195-RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 2.6.2005, DJ 15.8.2005 p. 295)

Execução fiscal. Recurso especial. Vício formal em CDA. Possibilidade de substituição. Ausência de nulidade. Aplicação da regra inscrita no art. 2º, § 8º da Lei n. 6.830/1980. Agravo interposto contra decisão que nega provimento à exceção de pré-executividade. Decisão colegiada. Inexistência de prejuízo à substituição da CDA. Recurso especial conhecido e desprovido.

1. Agravo de instrumento interposto por *Bataguaçu Comércio de Peças para Tratores Ltda.* contra a decisão da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Campo Grande-MS que julgou improcedente a exceção de pré-executividade apresentada nos autos da execução fiscal movida pelo Município de Campo Grande-MS contra a ora agravante. O acórdão do TJMS proveu parcialmente o agravo por entender que a instauração de processo administrativo não é pressuposto para a discussão da matéria na via judicial e que a inexistência da indicação do fundamento legal na CDA não tem o condão de fulminar de nulidade o título executivo, por ser possível a emenda ou substituição. Em sede de recurso especial, alega-se violação dos arts. 203 do CTN e 2º da Lei de Execuções Fiscais, em razão de os artigos supracitados serem expressos ao prever que a substituição só pode ocorrer até a decisão de primeira instância, não procedendo o argumento de que o texto legal refere-se à decisão proferida em sede de embargos, pois os dispositivos não usaram a palavra “sentença”, mas a expressão “decisão de primeiro grau”.

Afirma, ainda, que a decisão proferida em sede de exceção de pré-executividade, por se tratar também de uma decisão de primeira instância, faz parte do campo de incidência dos nominados artigos e que seria contra-senso permitir que, após todo esse trâmite processual, pudesse o recorrido substituir ou emendar o título.

Contra-razões sustentando que a substituição da CDA só será feita quando a decisão transitar em julgado e que a CDA tem presunção de certeza e liquidez.

2. A substituição de CDA, com o objetivo de reparação de mero erro formal, pode ser realizada até que proferida decisão de primeira instância, assim entendida aquela que é produzida no curso regular da instrução processual, consoante estabelece o art. 2º, § 8º da Lei n. 6.830/1980.

3. Na espécie, não houve qualquer violação a esse dispositivo, uma vez que o Tribunal recorrido, ao julgar agravo de instrumento decorrente de decisão que desproveu exceção de pré-executividade, determinou à Fazenda que procedesse à substituição da CDA, restando inequívoco, de tal modo, que a solução do litígio

se encontra, ainda, no âmbito do juízo de primeiro grau, no qual terá regular instrução, inclusive com a prolação da sentença.

4. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp n. 713.656-MS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 2.6.2005, DJ 27.6.2005 p. 273)

Processo Civil. Embargos do devedor à execução fiscal. Aplicação subsidiária do CPC. Art. 284. Possibilidade. Emenda da inicial. Oportunidade de concessão obrigatória.

- Consoante do disposto no art. 1º da Lei de Execução Fiscal, a esta aplicam-se subsidiariamente as regras contidas no Código de Processo Civil.

- Inexistindo na Lei de Execução qualquer norma referente à possibilidade de emenda da petição inicial, o art. 284 do Estatuto Processual deve ser observado.

- Não pode o magistrado decretar a extinção do processo, sem julgamento de mérito, sem antes facultar à parte que proceda à emenda da peça vestibular.

(REsp n. 251.283-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Turma, julgado em 16.06.2000, DJ 1º.8.2000 p. 246)

Processo Civil. Embargos do devedor à execução fiscal. Aplicação subsidiária do CPC. Art. 284. Possibilidade. Emenda da inicial. Oportunidade de concessão obrigatória.

- Consoante do disposto no art. 1º da Lei de Execução Fiscal, a esta aplicam-se subsidiariamente as regras contidas no Código de Processo Civil.

- Inexistindo na Lei de Execução qualquer norma referente à possibilidade de emenda da petição inicial, o art. 284 do Estatuto Processual deve ser observado.

- Não pode o magistrado decretar a extinção do processo, sem julgamento de mérito, sem antes facultar à parte que proceda à emenda da peça vestibular.

(REsp n. 251.283-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Turma, julgado em 16.6.2000, DJ 1º.8.2000 p. 246)

Assim, em homenagem ao princípio da economia processual, deve ser concedida oportunidade à recorrente para substituir a Certidão de Dívida Ativa eivada de irregularidade.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso especial para conferir oportunidade à exequente para substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 837.364-RS (2006/0078758-3)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Luciane Fabbro e outros

Recorrido: Eloiza Helena Gomes Aldado

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Tributário. Execução fiscal. IPVA. Nulidade da CDA. Prévia existência de auto de lançamento. Súmula n. 7-STJ. Substituição da CDA. Possibilidade.

1. É nula a CDA que engloba, num único valor, a cobrança de vários débitos sem a discriminação dos exercícios fiscais a que se referem, bem como das quantias correspondentes.

2. A circunstância de a expedição da Certidão de Dívida Ativa para a cobrança de IPVA ser precedida de prévio auto de lançamento - que engloba e discrimina os diversos exercícios financeiros, suprindo, daí, eventual deficiência na CDA -, por constituir questão fática, nem ao menos mencionada no acórdão recorrido, é insuscetível de exame na via do recurso especial.

3. É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença dos embargos à execução. Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

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

ACÓRDÃO

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.
Brasília (DF), 15 de agosto de 2006 (data do julgamento).
Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 31.8.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Interpõe o Estado do Rio Grande do Sul recurso especial com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal contra julgado proferido pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em sede de apelação. O respectivo acórdão restou assim ementado:

Apelação cível. Direito Tributário. Execução fiscal. IPVA. Preliminar. Nulidade da decisão. Substituição da certidão. Não oportunização. A Certidão de Dívida Ativa somente poderá ser emendada ou substituída até a decisão de primeira instância dos embargos à execução, assegurado ao executado a devolução do prazo para embargos. Dessa forma, não tendo o exequente oportunamente se manifestado acerca da substituição da COA, descabe requerê-la neste momento processual, não merecendo prosperar a prefacial de nulidade da sentença. Preliminar rejeitada.

Certidão de Dívida Ativa. Nulidade. Ficou caracterizada a nulidade da COA e da respectiva execução fiscal ante a inexistência de informações a respeito da origem e natureza do crédito, sendo insuficiente a simples referência à IPVA não-recolhido como sua origem, já que indispensável a especificação acerca do exercício da cobrança e dos dados relativos ao veículo sobre o qual incidiu o tributo, dificultando a verificação dos valores exigidos.

Preliminar rejeitada, apelo desprovido por maioria, vencido o Des. Arno (fl. 39).

Inicialmente, sustenta o recorrente que o aresto impugnado, ao exigir que na CDA constem os exercícios cobrados, contrariou os preceitos inscritos nos arts. 202, III e V, do CTN e no art. 2º, § 5º, da Lei n. 6.830/1980, pois apenas é exigida a indicação da origem e da natureza do “crédito tributário”, e não da obrigação tributária. Sob este aspecto, defende as seguintes teses:

a) é no auto de lançamento, e não na CDA, que devem ser devidamente pormenorizados a descrição do fato gerador, a falta de recolhimento do IPVA, o número da placa do veículo a que se refere, bem como exercício por exercício;

b) na CDA deve constar apenas um resumo do que consta no lançamento.

Alega ainda que o acórdão recorrido violou os arts. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980 e 284 do Código de Processo Civil, visto ter sido negada a possibilidade de substituição da CDA. Argumenta que o juízo de primeiro grau deveria ter intimado a exeqüente para que substituísse a Certidão de Dívida Ativa - CDA antes de extinguir o feito executivo.

Complementa o recorrente que, no caso dos autos, a CDA foi precedida pela emissão de auto de lançamento, que constitui regularmente o crédito tributário objetivado, relativo a mais de um exercício, do qual foi devidamente notificado o contribuinte. Ressalva que a hipótese dos autos diferencia-se da cobrança do IPTU, ocasião em que se cumulam na CDA lançamentos automatizados e não notificados ao sujeito passivo. Aduz que, nesse último caso, não há prévia lavratura de auto de lançamento.

Por outro lado, assevera, com apoio em outros julgados proferidos pela Corte *a quo*, que se mostra possível a cumulação de débitos relativos a diversos exercícios numa mesma CDA, desde que esta seja precedida de lançamento de ofício retroativo, englobando vários exercícios, exatamente a hipótese das CDAs do IPVA.

Requer, pois, que seja conhecido e provido o presente recurso especial, de modo a modificar o acórdão recorrido para afastar o reconhecimento da nulidade da CDA ou, caso assim não se entenda, que seja oportunizado ao Estado a substituição do referido título.

Não foram apresentadas contra-razões.

O apelo foi admitido às fls. 79-80.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): As teses consignadas no especial viabilizam, em parte, o êxito do apelo.

Com efeito, é firme o entendimento desta Corte de que é nula a CDA que engloba, num único valor, a cobrança de vários débitos sem a discriminação dos exercícios fiscais a que se referem, bem como das quantias correspondentes. Consoante ressaltado no julgamento do REsp n. 733.432-RS, rel. Min. José Delgado, DJ de 8.8.2005, a ausência de discriminação dos valores exigidos na

CDA constituiria afronta ao princípio da ampla defesa, bem como inobservância do postulado do devido processo legal. Colho, a propósito, precedentes desta Corte que bem refletem o posicionamento ora adotado:

Processo Civil. Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. Artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

1. Não foram cumpridas as formalidades exigidas pelos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255 do RISTJ. Dissídio jurisprudencial não configurado.

2. Quanto ao disposto nos arts. 156, 173 e 174 do Código Tributário Nacional, o recorrente não fundamentou de maneira específica as razões de sua insurgência recursal, quando lhe incumbia demonstrar de modo claro e fundamentado de que forma as normas federais teriam sido violadas. Óbice da Súmula n. 284-STF.

3. A Certidão de Dívida Ativa deve preencher todos os requisitos constantes do art. 202 do Código Tributário Nacional - CTN de modo a permitir ao executado a ampla defesa. Ao agregar em um único valor os débitos originários de IPTU relativos a exercícios distintos impossibilita-se o exercício de tal direito.

4. A ação de execução fiscal versa sobre direito de natureza patrimonial. O julgador singular, ao decretar de ofício a prescrição da execução, não observou o disposto no art. 219, § 5º do CPC, aplicável na espécie. Precedentes.

5. A decretação de ofício da prescrição - mesmo assim, após a ouvida da Fazenda Pública - somente se tornou possível com o advento da Lei n. 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei n. 6.830, de 22.9.1980, com a seguinte redação: "Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvir a Fazenda Pública, poderá reconhecer a prescrição e decretá-la de imediato".

6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte. (Segunda Turma, REsp n. 781.881, relator Ministro Castro Meira, DJ de 21.11.2005.)

Processual Civil. Recurso especial. Execução fiscal. Certidão de Dívida Ativa. Requisitos essenciais. Desobediência aos ditames do art. 2º, § 5º da Lei n. 6.830/1980. Precariedade patente. Respeito ao princípio da ampla defesa. Nulidade do título.

1. Cuidam os autos de embargos de devedor manejados por João Gabriel Scherer em face de execução fiscal ajuizada pelo Município de Porto Alegre-RS com base na ausência de pagamentos referentes ao IPTU atinentes aos anos de 1994 a 1996. (...) O TJRS proferiu acórdão declarando a nulidade da CDA de ofício, restando prejudicada a apelação aduzindo, em síntese, que é inadmissível que a CDA englobe mais de um exercício sem fazer a correta discriminação dos

exercícios a que se refere, bem como do montante relativo aos juros, correção monetária e multa. O ente municipal interpôs recurso especial requerendo a reforma do aresto vergastado a fim de que fosse reconhecida a validade da CDA trazendo à baila as seguintes razões: a) houve violação dos arts. 108, 109, 110, 202 e 203 do CTN e artigo 2º, §§ 5º e 6º da Lei n. 6.830/1980 em razão do acórdão recorrido ter realizado uma interpretação reducionista em relação aos dispositivos legais, tendo se distanciado da teleologia da lei; b) mesmo a CDA que não especifica o valor de cada exercício é válida e perfeita, não decorrendo nenhum prejuízo, formal ou material, para a defesa; c) a exigência de que a CDA contenha a discriminação de valores por exercício é descabida por realizar interpretação ampliativa do comando legal, pois não está expresso em algum dos dispositivos legais que fundamentam a decisão que a CDA deva ter tal especificação. (...)

2. (...)

3. (...)

4. A CDA, enquanto título que instrumentaliza a execução fiscal, deve estar revestida de tamanha força executiva que legitime a afetação do patrimônio do devedor, mas à luz do princípio do devido processo legal, proporcionando o enaltecimento do exercício da ampla defesa quando apoiado na estrita legalidade.

5. Os requisitos legais para a validade da CDA não possuem cunho formal, mas essencial, visando a permitir a correta identificação, por parte do devedor, do exato objeto da execução, com todas as suas partes constitutivas (principal e acessórias), com os respectivos fundamentos legais, de modo que possa garantir, amplamente, a via de defesa.

6. É inadmissível o excesso de tolerância com relação à ilegalidade do título executivo, eis que o exequente já goza de tantos privilégios para a execução de seus créditos que não pode descumprir os requisitos legais para a sua cobrança.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e não-provido. (REsp n. 733.432-RS, relator Ministro José Delgado, DJ de 8.8.2005).

Ressalto que a circunstância de a CDA em análise cuidar de cobrança de IPVA, e não de IPTU, não altera o entendimento ora adotado. Isso porque a falta da discriminação dos exercícios correspondentes à exação cobrada, de igual modo, impede o pleno exercício do direito de defesa do contribuinte.

A alegação do recorrente de que a emissão de CDA, no caso de cobrança de IPVA, é precedida de prévio auto de lançamento – no qual consta a discriminação dos exercícios relativos as exações exigidas – e que esse procedimento não ocorre na cobrança do IPTU é questão fático-probatória que não fora examinada no

acórdão recorrido e que não comporta exame na via do especial. Ora, avaliar, na instância especial, que o contribuinte foi notificado do auto de lançamento que engloba e discrimina os diversos exercícios financeiros, suprindo, daí, eventual deficiência na CDA, e ainda, nesta instância, proceder a análise comparativa com o procedimento efetuado para a cobrança do IPTU, sem dúvida, reclama ampla dilação probatória, sobretudo quando, no acórdão recorrido, não houve pronunciamento algum acerca dessas questões fáticas. Nesse contexto, pois, tem aplicação o óbice previsto na Súmula n. 7-STJ.

A substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa é uma faculdade conferida à Fazenda Pública em observância ao princípio da economia processual. Tal procedimento é permitido até a prolação da sentença, consoante dispõe o § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980 a seguir transcrito:

A CDA é emitida – caso o débito fiscal não seja solvido – e serve para perfectibilizar o título e instrumentalizar a execução fiscal. A substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa é uma faculdade conferida à Fazenda Pública em observância ao princípio da economia processual. Tal procedimento é permitido até a prolação da sentença, consoante dispõe o § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

No caso em tela, o Juiz extinguiu o feito quando ainda admissível a substituição da Certidão de Dívida Ativa pela Fazenda Pública, quando ainda não fora proferida sentença nos embargos. Não é razoável manter a sentença que extinguiu o feito antes de citado o executado, sem conferir à exequente oportunidade para substituir o título que engloba num único valor a cobrança de diferentes exercícios.

Esclareço que, até a prolação da sentença que julgou a execução fiscal, o feito tinha tramitação regular, ou seja, não teria como o Estado solicitar a substituição da CDA sem saber que a mesma padecia de vício que resultaria em sua nulidade. Somente em momento posterior à sentença é que poderia o Estado solicitar a emenda ou substituição do título, o que foi feito em sede de apelação, a qual restou improvida.

Conquanto não se trate de dever do Juiz, mas de uma faculdade ou de “um privilégio à Fazenda Pública”, no dizer de Humberto Theodoro Júnior, deveria ter sido conferida oportunidade à exequente para substituir a certidão de dívida ativa eivada de vícios, o que não ocorreu na hipótese. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

Tributário. Execução fiscal. IPVA. Nulidade da CDA. Ausência de discriminação dos valores por exercício e individualização do veículo. Obrigatoriedade de oportunização de substituição ou emenda da CDA até a prolação da sentença.

1. A CDA é título formal, cujos elementos devem estar bem delineados para não impedir a defesa do executado.

2. Hipótese dos autos em que a CDA deixou de discriminar os valores do IPVA cobrado por exercício, bem como de individualizar o veículo que desencadeou a presente execução, o que prejudica a defesa do executado, que se vê tolhido de questionar a origem, as importâncias e a forma de cálculo.

3. A Fazenda Pública pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

4. Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título.

5. Recurso especial provido em parte. (REsp n. 832.075-RS, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 29.6.2006.)

Processo Civil. Tributário. Execução fiscal. IPVA nulidade da CDA. Substituição da CDA. Possibilidade.

1. A Certidão de Dívida Ativa deve preencher todos os requisitos constantes do artigo 202 do Código Tributário Nacional - CTN de modo a permitir ao executado a ampla defesa. Ao agregar em um único valor os débitos originários de IPVA relativos a exercícios distintos impossibilita-se o exercício de tal direito.

2. O auto de lançamento se presta para comunicar ao contribuinte a existência de crédito em aberto, sendo anterior à emissão da CDA e com esta não se confunde, dessarte a juntada desse auto não pode suprir falha da CDA. Ademais, nem mesmo o auto individualiza os débitos com a separação do imposto devido em cada exercício fiscal.

3. Não podia o Tribunal de origem corroborar a nulidade da CDA declarada na sentença, porquanto, até a sua prolação que resolve os embargos à execução, o Fisco está autorizado a requerer a substituição da CDA para sanar eventual irregularidade formal.

4. Recurso especial provido em parte. (REsp n. 821.606-RS, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 8.5.2006.)

Cito, ainda, no mesmo diapasão, o Recurso Especial n. 749.544-RS (DJ de 22.8.2005).

No caso, portanto, merece reforma o aresto atacado, uma vez que não foi dada oportunidade ao exequente de substituir a CDA.

Diante dessas considerações, *conheço parcialmente do recurso e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento* para, nos termos do art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980, possibilitar ao Estado a substituição da CDA.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 897.357-RS (2006/0234962-6)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Luciane Fabbro e outros
Recorrido: Eliane Beatriz Ferreira
Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. CDA. Nulidade. Possibilidade de substituição.

1. “Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título” (REsp n. 832.075-RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 29.6.2006).
2. Recurso especial a que se dá parcial 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, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 6 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 22.2.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, em execução fiscal, negou provimento à apelação e manteve a sentença que extinguiu o processo por nulidade da Certidão da Dívida Ativa. O aresto atacado foi assim ementado:

Direito Tributário. IPVA. Falta de indicação, na Certidão de Dívida Ativa (CDA), do veículo e do exercício a que se refere a dívida. Para que a Certidão de Dívida Ativa (CDA) de natureza tributária, extraída nos termos do parágrafo único do art. 202 do Código Tributário Nacional, possa ser tida como título executivo de certeza e liquidez presumida (art. 204 do mesmo Código), deve ser ela um resumo qualificado, em peça única, não admitindo anexos, do lançamento que lhe deu origem, levado a efeito nos termos do art. 142 do mesmo Código. É nula de pleno direito, nos termos do art. 203 do referido Código, a exigir a extinção judicial, de ofício, do feito executivo que embasa, por não atender ao disposto no inciso III do art. 202 do referido Código (origem especificada da dívida). A CDA que não indica o veículo (número da placa, pelo menos) e o exercício a que se refere a dívida que lhe dá origem (IPVA, no caso), elementos esses que serviram de fundamento para a apuração e o lançamento do crédito tributário nela consignado. Omissão dessa ordem retira do título não só a presunção de sua certeza e liquidez, como também cerceia o direito de defesa do devedor e impede o Judiciário de analisar-lhe as circunstâncias fático-jurídicas, inclusive quanto ao termo inicial da correção monetária e dos juros, e, até mesmo, quanto a uma possível decadência em relação ao lançamento havido.

Decisão: negaram provimento ao recurso.

Unânime. (fl. 63).

Nas razões do recurso especial (fls. 73-93), fundado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos seguintes dispositivos: (a) arts. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980, 203 do CTN e 284 do CPC, ao argumento de que não poderia o juízo ter extinto a execução sem oferecer-lhe a oportunidade de substituir

a CDA; (b) arts. 2º, § 5º da LEF e 202, III e V do CTN, porquanto (I) a indicação da origem e da natureza do crédito tributário na CDA não impõe a indicação do exercício e dos dados relativos ao veículo; (II) crédito tributário não se confunde com obrigação tributária e, no caso dos autos, não se exige que na certidão conste a origem da obrigação tributária; (III) é no auto de lançamento, e não na CDA, que deve ser pormenorizadamente mencionada a descrição do fato gerador, a falta de recolhimento do IPVA, o número da placa do veículo a que se refere, os valores devidos e o respectivo exercício; (IV) é possível a cumulação de débitos relativos a diversos exercícios, em valor único, numa mesma CDA, desde que sejam objeto de um único auto de lançamento, como no caso dos autos.

Sem contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. A jurisprudência desta Corte vem se firmando no sentido de que é nula a CDA que deixa de discriminar os valores do IPVA cobrado por exercício, bem como de individualizar o veículo que originou o débito objeto da execução, o que prejudica a defesa do executado, dificultando o conhecimento da origem da dívida, das importâncias devidas e da forma de cálculo utilizada. Não obstante, tem-se entendido que não é possível, em face dessa circunstância, o indeferimento da inicial e a extinção do processo executivo sem antes se possibilitar ao exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título. Vejam-se os seguintes precedentes:

Tributário. Execução fiscal. IPVA. Nulidade da CDA. Ausência de discriminação dos valores por exercício e individualização do veículo. Obrigatoriedade de oportunização de substituição ou emenda da CDA até a prolação da sentença.

1. A CDA é título formal, cujos elementos devem estar bem delineados para não impedir a defesa do executado.

2. Hipótese dos autos em que a CDA deixou de discriminar os valores do IPVA cobrado por exercício, bem como de individualizar o veículo que desencadeou a presente execução, o que prejudica a defesa do executado, que se vê tolhido de questionar a origem, as importâncias e a forma de cálculo.

3. A Fazenda Pública pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

4. Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título.

5. Recurso especial provido em parte (REsp n. 832.075-RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 29.6.2006);

Tributário. Execução fiscal. IPVA. Nulidade da CDA. Prévia existência de auto de lançamento. Súmula n. 7-STJ.

1. É nula a CDA que engloba, num único valor, a cobrança de vários débitos sem a discriminação dos exercícios fiscais a que se referem, bem como das quantias correspondentes.

2. A circunstância de a expedição da Certidão de Dívida Ativa para a cobrança do IPVA ser precedida de prévio auto de lançamento – que engloba e discrimina os diversos exercícios financeiros, suprimindo, daí, eventual deficiência na CDA –, por constituir questão fática, nem ao menos mencionada no acórdão recorrido, é insuscetível de exame na via do recurso especial.

3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido (REsp n. 824.711-RS, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 12.6.2006);

Processo Civil. Tributário. Execução fiscal. IPVA. Nulidade da CDA. Substituição da CDA. Possibilidade.

1. A Certidão de Dívida Ativa deve preencher todos os requisitos constantes do artigo 202 do Código Tributário Nacional - CTN de modo a permitir ao executado a ampla defesa. Ao agregar em um único valor os débitos originários de IPVA relativos a exercícios distintos impossibilita-se o exercício de tal direito.

2. O auto de lançamento se presta para comunicar ao contribuinte a existência de crédito em aberto, sendo anterior à emissão da CDA e com esta não se confunde, dessarte a juntada desse auto não pode suprir falha da CDA. Ademais, nem mesmo o auto individualiza os débitos com a separação do imposto devido em cada exercício fiscal.

3. Não podia o Tribunal de origem corroborar a nulidade da CDA declarada na sentença, porquanto, até a sua prolação que resolve os embargos à execução, o Fisco está autorizado a requerer a substituição da CDA para sanar eventual irregularidade formal.

4. Recurso especial provido em parte (REsp n. 821.606-RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 8.5.2006);

Processo Civil e Tributário. Execução fiscal. IPTU. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. CDA. Possibilidade de substituição ou emenda até a prolação da sentença.

(...)

2. A Fazenda Pública pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

3. Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título.

4. Recurso especial provido (REsp n. 796.292-RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 6.3.2006);

Processo Civil. Tributário. Execução fiscal. CDA. Nulidade. Possibilidade de substituição até a sentença dos embargos à execução. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. Artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

1. É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença dos embargos à execução. Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

2. Em homenagem ao princípio da celeridade processual, não é razoável manter a sentença que extinguiu o feito antes de citado o executado, sem conferir à exequente oportunidade para substituir o título que engloba num único valor a cobrança de diferentes exercícios.

(...)

5. Recurso especial provido (REsp n. 745.195-RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 15.8.2005).

No caso em exame, a execução fiscal foi extinta por força da nulidade da CDA, sem ter sido oportunizada ao exequente a substituição do título. Aplicável, portanto, o entendimento jurisprudencial desta Corte, devendo ser reformado o aresto atacado.

3. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para determinar o retorno dos autos à origem a fim de que seja oportunizada ao exequente a substituição da CDA. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 902.357 - RS (2006/0070657-5)

Relator: Ministro Luiz Fux
Recorrente: Município de Porto Alegre
Procurador: Fernando Vicenzi e outros

Recorrido: Adherbal Barbosa Faria
Advogado: Albery Carvalho da Silva

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Tributário. Embargos à execução fiscal julgados procedentes. Certidão de Dívida Ativa - CDA. Cômputo de vários exercícios num só, sem discriminação do principal e dos consectários legais, ano a ano. Substituição do título executivo. Art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980. Impossibilidade.

1. Os arts. 202 do CTN e 2º, § 5º da Lei n. 6.830/1980, preconizam que a inscrição da dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza na medida que contenha todas as exigências legais, inclusive, a indicação da natureza do débito e sua fundamentação legal, bem como forma de cálculo de juros e de correção monetária.

2. A finalidade dessa regra de constituição do título é atribuir à CDA a certeza e liquidez inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções arbitrárias.

3. *In casu*, verifica-se que CDA embasadora do executivo fiscal engloba vários exercícios num só, sem que haja discriminação do principal e dos consectários legais de cada ano, o que impossibilita o exercício constitucionalmente assegurado da ampla defesa, posto dificultar a exata compreensão do *quantum* exequendo. Dessarte, depreende-se que a CDA em comento não atende os requisitos dispostos no art. 202 do CTN. Precedentes: REsp n. 818.212-RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 30 de março de 2006; REsp n. 681.972-RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 22 de março de 2006; REsp n. 810.863-RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 23 de março de 2006.

4. O art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980, dispõe que “até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.”

5. A doutrina e a jurisprudência da Primeira Seção desta Corte Superior são acordes no sentido de que a substituição ou emenda da CDA pode ser efetivada pela Fazenda Pública até a *prolação da sentença dos embargos à execução*.

6. Precedentes: REsp n. 796.292-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 6.3.2006; REsp n. 781.063-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 13.2.2006; REsp n. 790.530-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19.12.2005; REsp n. 791.114-RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 19.12.2005.

7. *O termo final para que seja efetivada a substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa é a sentença dos embargos à execução e não a sentença da execução* (Humberto Theodoro Júnior, in “Lei de Execução Fiscal: Comentários e Jurisprudência”. 9ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo. 2004. p. 26; Cláudia Rodrigues in “O Título Executivo na Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. p. 207-208 e 212; Arakén de Assis in “Manual do Processo de Execução”. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2000. p. 813, Américo Luís Martins da Silva, in “A Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública”, fls. 146-147).

8. In casu, à *Fazenda Municipal era facultado emendar ou substituir o título executivo até a prolação da sentença que acolheu os embargos à execução fiscal; quedando-se inerte, opera-se a fortiori a preclusão temporal*.

9. Recurso Especial conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 13 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 9.4.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo *Município de Porto Alegre*, com fulcro no art. 105, III, a e c da CF/1988, em face de v. acórdão emanado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado:

Direito Tributário. Execução fiscal. CDA. Créditos. Exercícios distintos. Especificação. Requisitos. Complementação. Outros documentos. Inviabilidade.

A CDA não comporta a acumulação de créditos fiscais de exercícios diferentes, salvo se especificados expressamente os valores de cada exercício, nem complementação de seus requisitos por meio de outros documentos.

Apelação desprovida.

Noticiam os autos que *Adherbal Barbosa Faria* opôs Embargos à Execução Fiscal, alegando nulidade da CDA por inobservância dos requisitos contidos no art. 202 do CTN.

O Juízo singular julgou procedente os embargos, para decretar a nulidade do título executivo e extinguiu a execução fiscal.

A Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, apreciando recurso de apelação manejado pela Municipalidade, por unanimidade, negou provimento ao apelo, nos termos da ementa acima citada.

Colhe-se do voto-condutor (fl. 72):

Nestas circunstâncias, a sentença que extinguiu a execução apenas cumpriu as disposições do art. 202, III e IV, do CTN, combinado com o art. 2º e 5º, III e V, da Lei n. 6.830/1980.

E não cabe mais oportunidade de emenda, art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980.

Em suas razões, o recorrente aponta a violação dos artigos 202 e 203 do CTN, e do art. 2º, §§ 5º e 6º, da Lei n. 6.830/1980. Sustenta, em síntese, a validade do título executivo, acrescentando que, antes da decretação de nulidade da CDA, deveria ter sido oportunizada a sua substituição.

Contra-razões ao Recurso Especial às fls. 91-95.

Inadmitida a irresignação na origem, e interposto agravo de instrumento, determinei sua conversão em Recurso Especial para melhor exame.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Ab initio, no que concerne a controvérsia gravitante em torno da nulidade ou não da Certidão de Dívida Ativa em face do cômputo de vários exercícios num único valor e da ausência de discriminação do principal e dos consectários legais, ano por ano, vejam-se o disposto no parágrafo único, do artigo 202, do Código Tributário Nacional:

Art. 202 - O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I. o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II. a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III. a origem e a natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV. a data em que foi inscrita;

V. sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

Por sua vez, o artigo 2º, § 5º, da Lei n. 6.830/1980, preceitua o seguinte:

§ 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I. o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II. o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III. a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV. a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo momento legal e o termo inicial para o cálculo;

V. a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI. o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

A Lei de Execução Fiscal exige que a CDA contenha os mesmos elementos do Termo de Inscrição (art. 2º, § 6º) e autoriza que o preparo e numeração do referido título por processo manual, mecânico ou eletrônico (art. 2º, § 7º).

O § 8º do supracitado dispositivo legal, dispõe ainda que, enquanto não houver decisão de primeira instância, a CDA pode ser emendada ou substituída, assegurando-se ao executado a devolução do prazo para embargos.

Deveras, a inscrição da dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza na medida que contenha todas as exigências legais, inclusive, a indicação da natureza do débito e sua fundamentação legal, bem como a forma de cálculo de juros e de correção monetária.

A finalidade desta regra de constituição do título é atribuir à CDA a liquidez e certeza inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para apurar encargos, obstando execuções arbitrárias. Por isto que o art. 203 do CTN comina pena de nulidade da inscrição e da respectiva CDA pelo descumprimento desses requisitos legais.

In casu, verifica-se que CDA embasadora do executivo fiscal engloba vários exercícios num só, sem que haja discriminação do principal e dos consectários legais de cada ano, o que impossibilita o exercício constitucionalmente assegurado da ampla defesa, posto dificultar a exata compreensão do *quantum* exequendo. Dessarte, depreende-se que a CDA em comento não atende os requisitos dispostos no art. 202 do CTN. Neste sentido, à guisa de exemplo, vejamos os precedentes deste STJ:

Processo Civil. Tributário. Execução fiscal. Nulidade da CDA. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. Artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

1. Fundamentação deficiente quanto à eventual violação aos arts. 156, 173 e 174 do Código Tributário Nacional, ao recorrente incumbia-lhe demonstrar de modo claro e fundamentado de que forma as normas federais teriam sido violadas. Óbice da Súmula n. 284-STF.

2. A Certidão de Dívida Ativa deve preencher todos os requisitos constantes do art. 202 do Código Tributário Nacional - CTN de modo a permitir ao executado a ampla defesa. Ao agregar em um único valor os débitos originários de IPTU relativos a exercícios distintos impossibilita-se o exercício de tal direito.

3. A ação de execução fiscal versa sobre direito de natureza patrimonial. O julgador singular, ao decretar de ofício a prescrição da execução, não observou o disposto no art. 219, § 5º do CPC, aplicável na espécie. Precedentes.

4. A decretação de ofício da prescrição - mesmo assim, após a ouvida da Fazenda Pública - somente se tornou possível com o advento da Lei n. 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei n. 6.830, de 22.9.1980, com a seguinte redação: "Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvir a Fazenda Pública, poderá reconhecer a prescrição e decretá-la de imediato".

5. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte. (REsp n. 818.212-RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 30 de março de 2006)

Tributário. Execução fiscal. IPTU. Nulidade da CDA. Ausência de discriminação dos valores por exercício.

1. A CDA é título formal, cujos elementos devem estar bem delineados para não impedir a defesa do executado.

2. Hipótese dos autos em que a CDA deixou de discriminar os valores do IPTU cobrado por exercício, prejudica a defesa do executado, que se vê tolhido de questionar as importâncias e a forma de cálculo.

3. Recurso especial improvido. (REsp n. 681.972-RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 22 de março de 2006)

Tributário. Processual Civil. Execução fiscal. Matéria fática. Súmula n. 7-STJ. CDA que engloba num único valor a cobrança de mais de um exercício. Nulidade. Prescrição. Decretação de ofício. Possibilidade, a partir da Lei n. 11.051/2004.

1. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula n. 7 desta Corte.

2. É nula a CDA que engloba num único valor a cobrança de mais de um exercício (REsp n. 733.432-RS, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 8.8.2005).

3. A jurisprudência do STJ sempre foi no sentido de que "o reconhecimento da prescrição nos processos executivos fiscais, por envolver direito patrimonial, não pode ser feita de ofício pelo juiz, ante a vedação prevista no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil" (REsp n. 655.174-PE, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 9.5.2005).

4. Ocorre que o atual parágrafo 4º do art. 40 da LEF (Lei n. 6.830/1980), acrescentado pela Lei 11.051, de 30.12.2004 (art. 6º), viabiliza a decretação da prescrição intercorrente por iniciativa judicial, com a única condição de ser previamente ouvida a Fazenda Pública, permitindo-lhe argüir eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional. Tratando-se de norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso, cabendo ao juiz da execução decidir a respeito da sua incidência, por analogia, à hipótese dos autos.

5. Recurso especial a que se dá parcial provimento. (REsp n. 810.863-RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 23 de março de 2006)

Não obstante, verifica-se que, nos termos do art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980, “até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.”

Neste ponto, a doutrina e a jurisprudência da Primeira Seção desta Corte Superior são acordes no sentido de que a substituição ou emenda da CDA pode ser efetivada pela Fazenda Pública até a *prolação da sentença dos embargos à execução*.

Neste sentido, os seguintes precedentes:

Processo Civil e Tributário. Execução fiscal. IPTU. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. CDA. Possibilidade de substituição ou emenda até a prolação da sentença.

1. Está pacificado no âmbito da Primeira Seção o entendimento de que, em sede de execução fiscal, a prescrição não pode ser decretada de ofício.

2. A Fazenda Pública pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

3. Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título.

4. Recurso especial provido.

(REsp n. 796.292-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 6.3.2006)

Tributário. Processual Civil. Execução fiscal. Prescrição. Ausência de questionamento. CDA. Nulidade. Possibilidade de substituição.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre a matéria trazida no recurso especial atrai a incidência da Súmula n. 282 do STF.

2. “É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença dos embargos à execução. Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980. Em homenagem ao princípio da celeridade processual, não é razoável manter a sentença que extinguiu o feito antes de citado o executado, sem conferir à exequente oportunidade para substituir o título que engloba num único valor a cobrança de diferentes exercícios” (REsp n. 745.195-RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 15.8.2005).

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

(REsp n. 781.063-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 13.2.2006)

Tributário. Processual Civil. Execução fiscal. Fundamentação deficiente. Súmula n. 284-STF. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Ofensa à portaria e convênio. Não-inclusão dessas espécies de ato normativo no conceito de “lei federal” do art. 105, III, da CF. Matéria fática. Súmula n. 7-STJ. CDA. Nulidade. Possibilidade de substituição. Prescrição. Decretação de ofício. Possibilidade, a partir da Lei n. 11.051/2004.

1. A ausência de indicação dos dispositivos tidos por violados não autoriza o conhecimento do recurso especial pela alínea **a** do permissivo constitucional (Súmula n. 284-STF).

2. A ausência de debate, na instância recorrida, dos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência da Súmula n. 282-STF.

3. Não pode ser conhecido o recurso especial na parte em que indica ofensa ao comando de portaria e de convênio, por não estar essas espécies de ato normativo compreendida na expressão “lei federal”, constante da alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

4. Tendo o Tribunal de origem decidido a questão com base no conjunto fático da demanda, é inviável a modificação do acórdão recorrido, nos termos da Súmula n. 7 desta Corte.

5. “É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença dos embargos à execução. Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980. Em homenagem ao princípio da celeridade processual, não é razoável manter a sentença que extinguiu o feito antes de citado o executado, sem conferir à exequente oportunidade para substituir o título que engloba num único valor a cobrança de diferentes exercícios” (REsp n. 745.195-RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 15.8.2005).

6. A jurisprudência do STJ sempre foi no sentido de que “o reconhecimento da prescrição nos processos executivos fiscais, por envolver direito patrimonial, não pode ser feita de ofício pelo juiz, ante a vedação prevista no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil” (REsp n. 655.174-PE, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 9.5.2005).

7. Ocorre que o atual parágrafo 4º do art. 40 da LEF (Lei n. 6.830/1980), acrescentado pela Lei n. 11.051, de 30.12.2004 (art. 6º), viabiliza a decretação da prescrição intercorrente por iniciativa judicial, com a única condição de ser previamente ouvida a Fazenda Pública, permitindo-lhe argüir eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional. Tratando-se de norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso, cabendo ao juiz da execução decidir a respeito da sua incidência, por analogia, à hipótese dos autos.

8. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp n. 790.530-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19.12.2005)

Processo Civil. Tributário. Execução fiscal. CDA. Nulidade possibilidade de substituição até a sentença dos embargos à execução. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. Artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

1. O recorrente não combateu os fundamentos que serviram de base ao aresto impugnado para declarar a nulidade da Certidão de Dívida Ativa. Aplicação da inteligência das Súmulas n. 283 e 284-STF.

2. É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença dos embargos à execução. Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

3. Em homenagem ao princípio da celeridade processual, não é razoável manter a sentença que extinguiu o feito antes de citado o executado, sem conferir à exequente oportunidade para substituir o título que engloba num único valor a cobrança de diferentes exercícios.

4. A ação de execução fiscal versa sobre direito de natureza patrimonial. O julgador singular, ao decretar de ofício a prescrição da execução, não observou o disposto no art. 219, § 5º do CPC, aplicável na espécie. Precedentes.

5. A decretação de ofício da prescrição - mesmo assim, após a ouvida da Fazenda Pública - somente se tornou possível com o advento da Lei n. 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei n. 6.830, de 22.9.1980, com a seguinte redação: "Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o Juiz, depois de ouvir a Fazenda Pública, poderá reconhecer a prescrição e decretá-la de imediato".

6. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp n. 791.114-RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 19.12.2005)

Por oportuno, merece destaque o seguinte excerto do REsp n. 791.114-RS, da relatoria do e. Min. Castro Meira, na parte em que trouxe um resumo do entendimento doutrinário sobre o tema, com a finalidade de elidir quaisquer dúvidas acerca de ser a sentença dos embargos à execução e não a sentença da execução o termo final para que seja oportunizada a substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa, *verbis*:

A mais abalizada doutrina jurídica segue o mesmo entendimento, como se verifica dos trechos retirados de diversas obras relativas ao assunto:

Não há execução sem título executivo, líquido, certo e exigível, que lhe sirva de base ou fundamento (CPC, arts. 583 e 586). A exemplo do que já dispunha o Código Tributário Nacional, art. 203, permite, porém, a Lei n. 6.380 um privilégio à Fazenda Pública, qual seja, o da substituição da Certidão de Dívida Ativa no curso da execução fiscal,

desde que não tenha sido ainda proferida a sentença de primeira instância nos embargos do devedor” (Theodoro Júnior, Humberto *in* “Lei de Execução Fiscal: Comentários e Jurisprudência”. 9ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo. 2004. p. 26 - negritei);

“(…) Entretanto, mesmo tratando-se de prerrogativa da Fazenda Pública, há limitações materiais e formais à emenda ou substituição da Certidão da Dívida Ativa (...)

O primeiro aspecto a ser analisado é a oportunidade para a emenda ou substituição da Certidão. Trata-se de um limite de ordem processual. O art. 203 do CTN, em comento, dispõe que... ‘ a nulidade poderá ser sanada até a decisão de primeira instância.’

O legislador, ao referir-se a decisão de primeira instância teve em mente a sentença proferida nos embargos do executado, pois é nesta que será decidida a controvérsia da pretensão executiva. Para Maria Helena Rau de Souza, ‘...a norma em foco, ao aludir à decisão de primeira instância, teve em vista a sentença de mérito proferida em função de defesa oposta pelo executado, haja vista o conteúdo de sua parte final.’

É nos embargos que o executado exercerá amplamente sua defesa, impugnando a legitimidade da pretensão Fazendária, oportunidade que não teve anteriormente, em razão da forma como se constitui o título executivo da Fazenda Pública, conforme já tratado. Em sede de embargos as arestas são aparadas e a pretensão da Fazenda, se subsistir, fica purificada, ao menos quanto ao seu aspecto de direito material.

Portanto, verificando a Fazenda Pública que da Certidão de Dívida Ativa consta *omissão de qualquer dos requisitos* previstos no art. 202 do CTN ou *erro a eles relativo*, poderá, por iniciativa própria, ou motivada, promover a emenda ou requerer a substituição da Certidão **até o momento da sentença nos embargos**, afastando, dessa forma, o vício do título e, conseqüente nulidade da execução.

(...) Em remate, pode a Fazenda Pública substituir ou emendar a Certidão da Dívida Ativa, **até a sentença dos embargos à execução**, desde que não exercida essa prerrogativa com o fim de corrigir erros ou vícios do processo administrativo a que se liga a Certidão (Rodrigues, Cláudia *in* “O Título Executivo na Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. p. 207-208 e 212 - negritei);

(...) Teve em vista a regra, impelida por grosseiras impropriedades, **à sentença proferida nos embargos opostos pelo executado**, como se depreende da sua parte final. Logo, frente a tais embargos,

cuja convincente fundamentação aponta falha na certidão (p. ex., omissão do responsável por substituição, contra o qual se voltou a execução), à Fazenda é admissível corrigir ou substituir o título, alterando a causa petendi da respectiva demanda executória (de Assis, Arakén *in* “Manual do Processo de Execução”. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2000. p. 813 - negritei).

Américo Luís Martins da Silva, em sua obra “A Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública”, reservou um item exclusivamente para tratar da substituição e emenda da certidão da dívida ativa. Vale transcrever os seguintes excertos do tópico em comento:

Para Aliomar Baleeiro, do *rigor formal da inscrição* como ato jurídico administrativo, decorre logicamente a severidade do acima transcrito art. 203 do CTN, cominando a sanção de nulidade, para a inscrição e para a certidão dela, se forem omitidos ou estiverem erradas as indicações essenciais arroladas no art. 202 do CTN (nome do devedor, dos co-responsáveis; seu domicílio ou residência; a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos; a origem e a natureza do crédito; a data em que foi inscrita; e o número do processo administrativo de que se originar o crédito). Todavia, essa *nulidade por defeito formal* pode ser sanada pela apresentação de nova e correta certidão da inscrição, *mas só até o momento anterior à conclusão dos autos ao juiz de primeira instância para julgamento dos embargos do devedor ao executivo fiscal.*

(...)

Posteriormente, o § 8º do art. 2º da Lei 6.830, de 22.9.1980, veio prescrever que “até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos”. Como se vê, o citado § 8º do art. 2º da Lei de Execução Fiscal não inovou em nada a matéria, já que apenas repetiu dispositivo já existente no Código Tributário Nacional. A única diferença reside no fato de o Código Tributário Nacional admitir apenas a *substituição* e a atual Lei de Execução Fiscal permitir não apenas a *substituição* mas também a *emenda*.

Emenda constitui correção de defeito ou de erro, na inscrição e na certidão, por provocação da parte interessada ou de ofício pelo juiz, sem que se tenha que substituí-los integralmente por outros. A emenda refere-se, portanto, ao saneamento de possíveis irregularidades existentes na certidão. Geralmente, o juiz, que conduz as diligências e atos processuais da ação de execução fiscal, examina a certidão

tão logo lhe chegue em conclusão o processo, após os trabalhos de autuação e registro. Pode ser que neste momento verifique defeito ou erro que possa ser sanado. Quando isto ocorre, determina, então, que seja emendada.

Já a substituição diz respeito a colocação de uma certidão nova no lugar da anterior, em virtude de defeito ou erro grave que implica na sua nulidade. Assim, ao contrário da emenda, a substituição tem como causa a necessidade de alteração completa da certidão da dívida ativa, inclusive da quantia cobrada. No entanto, o prazo para que a Fazenda Pública proceda à substituição termina no momento em que for proferida a decisão de primeira instância. Este prazo é de preclusão (fls. 146-147).

In casu, à Fazenda Municipal era facultado emendar ou substituir o título executivo até a prolação da sentença que acolheu os embargos à execução fiscal; quedando-se inerte, opera-se a fortiori a preclusão temporal.

Com essas considerações, conheço do Recurso Especial, e nego-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N 904.475-RS (2006/0258715-2)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Luciana Mabilia Martins e outros

Recorrido: BCN Leasing S/A Arrendamento Mercantil

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Ausência de questionamento. Súmula n. 282-STF. Execução fiscal. CDA. Nulidade. Possibilidade de substituição.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula n. 282 do STF.

2. “(...) É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa para especificar a origem da dívida, anotar os exercícios compreendidos e indicar o número do veículo tributado pelo IPVA, até a prolação da sentença dos embargos à execução. Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980. (...) Não é razoável manter a sentença que extinguiu o feito antes de citado o executado, sem conferir à exequente oportunidade para substituir o título que engloba num único valor a cobrança de diferentes exercícios”. (EREsp n. 823.011-RS, Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJ 5.3.2007).

3. 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, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 20 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 12.4.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, em execução fiscal, negou provimento à apelação e manteve sentença que extinguiu o processo por nulidade da Certidão da Dívida Ativa. O aresto atacado encontra-se ementado da seguinte forma:

Apelação cível. Reexame necessário. Execução fiscal. Certidão de Dívida Ativa. Requisitos. Nulidade. Extinção de ofício. Possibilidade.

A inscrição como dívida ativa e a certidão são nulas se não atendem aos requisitos previstos no art. 202 do CTN e no art. 2º da Lei n. 6.830/1980. Exegese do parágrafo único do art. 202 do CTN. Caso em que há nulidade da própria certidão de dívida ativa, devendo o vício ser reconhecido e decretado de ofício, não incidindo a Súmula n. 19 desta Corte. Especificação, na CDA, do veículo e dos valores relativos a cada um dos exercícios do IPVA cobrado, que deve ser observada pela Fazenda Pública, a fim de possibilitar ao sujeito passivo o exercício de seu direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, pois, do contrário, impossibilitará a aferição da correção do montante executado.

Recurso de apelação desprovido. Sentença mantida em reexame. Unânime. (fl. 94).

No recurso especial (fls. 106-134), fundado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, o recorrente aponta, além da divergência jurisprudencial, ofensa aos seguintes dispositivos: (a) arts. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980 e 284 do CPC, porque, “verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende ou a complete no prazo de dez dias.” (fl. 113); e (b) arts. 202 e 203 do CTN e 2º, §§ 5º e 6º, da Lei n. 8.630/1980, porquanto (I) deve a Fazenda Pública indicar na CDA apenas a origem e a natureza do crédito tributário; (II) a identificação do veículo constitui elemento da obrigação tributária, e não do crédito tributário; (III) “resta claro que é no auto de lançamento, e não na CDA, em que deve ser pormenorizadamente mencionada a descrição do fato gerador, a falta de recolhimento do IPVA, o número da placa do veículo a que se refere e os valores devidos, exercício por exercício” (fl. 122) e (IV) “cumpriu a CDA os requisitos legais quanto à origem e natureza da dívida, não havendo se cogitar, sequer, de irregularidade (fl. 122).

Sem contra-razões (fl. 138).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Não houve emissão, pelo acórdão recorrido, de juízo acerca da violação das normas insertas nos arts. 203 e 284 do CTN, razão pela qual, à falta do indispensável prequestionamento,

não pode ser o recurso especial conhecido nessa parte, incidindo, por analogia, a Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

2. Merece ser provido o recurso especial, tendo em vista que o entendimento exposto pelo Tribunal de origem contraria a orientação desta Corte, conforme verifica-se dos seguintes precedentes:

Processo Civil. Tributário. Execução fiscal. CDA. Nulidade. Possibilidade de substituição até a sentença dos embargos à execução. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. Artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

1. É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença dos embargos à execução. Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

2. Em homenagem ao princípio da celeridade processual, não é razoável manter a sentença que extinguiu o feito antes de citado o executado, sem conferir à exequente oportunidade para substituir o título que engloba num único valor a cobrança de diferentes exercícios.

(...)

5. Recurso especial provido. (REsp n. 745.195-RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 15.8.2005).

Processo Civil. Tributário. Execução fiscal. CDA. Nulidade. Possibilidade de substituição até a sentença dos embargos à execução. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. Artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

(...)

2. É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença dos embargos à execução. Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

3. Em homenagem ao princípio da celeridade processual, não é razoável manter a sentença que extinguiu o feito antes de citado o executado, sem conferir à exequente oportunidade para substituir o título que engloba num único valor a cobrança de diferentes exercícios.

(...)

6. Recurso especial conhecido em parte e provido (REsp n. 781.864-RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 7.11.2005).

Processo Civil. Execução fiscal. CDA. Possibilidade de substituição ou emenda até a prolação da sentença.

1. A Fazenda Pública pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

2. Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título.

3. Recurso especial provido (REsp n. 755.993-SP, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 10.10.2005).

No caso em exame, a execução fiscal foi extinta por força da nulidade da CDA, sem ter sido oportunizado ao exequente a possibilidade de substituição do título. Aplicável, portanto, o entendimento jurisprudencial desta Corte, devendo ser reformado o aresto atacado.

3. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para determinar o retorno dos autos à origem a fim de que seja oportunizada ao exequente a substituição da CDA. É o voto.



Súmula n. 393

SÚMULA N. 393

A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no Ag	1.060.318-SC	(1ª T, 02.12.2008 – DJe 17.12.2008)
AgRg no REsp	448.268-RS	(1ª T, 10.08.2004 – DJ 23.08.2004)
AgRg no REsp	536.505-RJ	(1ª T, 09.03.2004 – DJ 17.05.2004)
AgRg no REsp	778.467-SP	(2ª T, 16.12.2008 – DJe 06.02.2009)
AgRg no REsp	987.231-SP	(2ª T, 05.02.2009 – DJe 26.02.2009)
EREsp	866.632-MG	(1ª S, 12.12.2007 – DJ 25.02.2008)
REsp	287.515-SP	(2ª T, 19.03.2002 – DJ 29.04.2002)
REsp	541.811-PR	(2ª T, 22.06.2004 – DJ 16.08.2004)
REsp	1.104.900-ES	(1ª S, 25.03.2009 – DJe 1º.04.2009)
REsp	1.110.925-SP	(1ª S, 22.04.2009 – DJe 04.05.2009)

Primeira Seção, em 23.9.2009

DJe 7.10.2009, ed. 455

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 1.060.318-SC
(2008/0115864-8)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Agravante: Tendência Assessoria Didático Pedagógica Ltda

Advogado: Rodrigo Duarte da Silva e outro(s)

Agravado: Fazenda Nacional

Procurador: Claudio Xavier Seefelder Filho

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Agravo regimental. Art. 545 do CPC. Recurso especial. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Dilação probatória. Inadmissibilidade. Alegação de nulidade da Certidão de Dívida Ativa. Rediscussão de matéria fático-probatória. Súmula n. 7-STJ.

1. A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação executiva.

2. O espectro das matérias suscetíveis através da exceção tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se a arguição de prescrição e decadência, desde que não demande dilação probatória (exceção *secundum eventus probationis*).

3. O Tribunal de origem, *in casu*, assentou que: (fls. 159)

Para que a exceção de pré-executividade possa ser admitida, é indispensável que o vício indicado apresente-se com tal evidência a ponto de justificar o seu reconhecimento de plano pelo juízo, sendo desnecessária qualquer dilação probatória. O acolhimento da exceção, portanto, depende de que as alegações formuladas pela parte sejam averiguáveis de plano, completamente provadas, praticamente inquestionáveis. Qualquer consideração ou análise mais aprofundada impede o manejo desse incidente. Nesse sentido, a pacífica jurisprudência (...) Ademais, cumpre gizar que as questões da nulidade da CDA e ausência de notificação no processo administrativo não dispensam a dilação probatória, mostrando-se, assim, inviável de ser apreciada na via eleita (...).

4. A aferição de necessidade ou não de dilação probatória, inviabilizadora da utilização da exceção de pré-executividade, demanda o reexame do conteúdo fático probatório dos autos, insindicável ao STJ, em sede de Recurso Especial, ante a incidência da Súmula n. 7-STJ.

5. A inscrição da dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza na medida que contenha todas as exigências legais, inclusive, a indicação da natureza do débito e sua fundamentação legal, bem como forma de cálculo de juros e de correção monetária. Inteligência dos arts. 202 e 203 do CTN e 2º, §§ 5º e 6º da Lei n. 6.830/1980.

6. A finalidade dessa regra de constituição do título é atribuir à CDA a certeza e liquidez inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções arbitrárias.

7. A verificação do preenchimento dos requisitos em Certidão de Dívida Ativa demanda exame de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de Recurso Especial, ante a incidência da Súmula n. 7-STJ.

8. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, 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 Denise Arruda (Presidenta), Benedito Gonçalves e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 2 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 17.12.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de agravo regimental interposto por *Tendência Assessoria Didático Pedagógica Ltda*, no intuito de ver reformada decisão monocrática de minha lavra, negando seguimento ao agravo de instrumento pela mesma manejado, que restou assim ementada:

Processual Civil. Tributário. Art. 544 do CPC. Recurso especial. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Dilação probatória. Inadmissibilidade. Alegação de nulidade da Certidão de Dívida Ativa. Rediscussão de matéria fático-probatória. Súmula n. 7-STJ.

1. A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação executiva.

2. O espectro das matérias suscetíveis através da exceção tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se a arguição de prescrição e decadência, desde que não demande dilação probatória (exceção *secundum eventus probationis*).

3. O Tribunal de origem, *in casu*, assentou que: (fls. 159)

Para que a exceção de pré-executividade possa ser admitida, é indispensável que o vício indicado apresente-se com tal evidência a ponto de justificar o seu reconhecimento de plano pelo juízo, sendo desnecessária qualquer dilação probatória. O acolhimento da exceção, portanto, depende de que as alegações formuladas pela parte sejam averiguáveis de plano, completamente provadas, praticamente inquestionáveis. Qualquer consideração ou análise mais aprofundada impede o manejo desse incidente. Nesse sentido, a pacífica jurisprudência (...) Ademais, cumpre gizar que as questões da nulidade da CDA e ausência de notificação no processo administrativo não dispensam a dilação probatória, mostrando-se, assim, inviável de ser apreciada na via eleita (...).

4. A aferição de necessidade ou não de dilação probatória, inviabilizadora da utilização da exceção de pré-executividade, demanda o reexame do conteúdo fático probatório dos autos, insindicável ao STJ, em sede de Recurso Especial, ante a incidência da Súmula n. 7-STJ.

5. A inscrição da dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza na medida que contenha todas as exigências legais, inclusive, a indicação da natureza do débito e sua fundamentação legal, bem como forma de cálculo de juros e de correção monetária. Inteligência dos arts. 202 e 203 do CTN e 2º, §§ 5º e 6º da Lei n. 6.830/1980.

6. A finalidade dessa regra de constituição do título é atribuir à CDA a certeza e liquidez inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções arbitrárias.

7. A verificação do preenchimento dos requisitos em Certidão de Dívida Ativa demanda exame de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de Recurso Especial, ante a incidência da Súmula n. 7-STJ.

8. Agravo de instrumento conhecido, para negar seguimento ao próprio recurso especial.

Pugna a agravante pela reconsideração da decisão agravada, sob o fundamento de que a análise do recurso especial não demanda o reexame de matéria fático-probatória.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Resta evidenciado que o agravante não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar a decisão ora hostilizada. Assim, tenho que a decisão ora impugnada há de ser mantida por seus próprios fundamentos:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por *Tendência Assessoria Didática Pedagógica Ltda*, com fulcro no art. 544, do CPC, em face da r. decisão que inadmitiu seu recurso especial, sob o fundamento de que as razões do recorrente importam sindicatar matéria fático probatória.

Noticiam os autos que o ora recorrente ajuizou exceção de pré-executividade com o intuito de obstar a execução em curso.

O juízo de primeira instância não conheceu da respectiva exceção. Interposto o competente agravo de instrumento, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Tributário e processual civil. Exceção de pré-executividade. Admissibilidade restrita. Nulidade da CDA. Ausência de notificação no processo administrativo. Dilação probatória necessária. Prescrição. Cabimento. Inocorrência. Exclusão do sócio do pólo passivo. Matéria estranha aos autos. Agravo improvido.

1. Para que a exceção de pré-executividade possa ser admitida, é indispensável que o vício indicado apresente-se com tal evidência a ponto de justificar o seu reconhecimento de plano pelo juízo, sendo desnecessária qualquer dilação probatória.

2. Conforme o art. 204, *caput* e parágrafo único, do CTN, a dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez, o que só pode ser afastado por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.

3. As questões da nulidade da CDA e ausência de notificação no processo administrativo não dispensam a dilação probatória, mostrando-se, assim, inviáveis de serem apreciadas na via de exceção de pré executividade. Estes temas, entretanto, poderão ser renovados em embargos à execução, com ampla possibilidade de produção de provas.

4. No caso concreto, pela simples visualização do título verifica-se que este se encontra íntegro e perfeito, estando presentes os requisitos do art. 2º, § 5º e incisos, da Lei n. 6.830/1980.

5. Constando dos autos que o débito mais remoto data de agosto de 1999, e que o crédito tributário foi definitivamente constituído em 8.8.2003, mediante Lançamento de Débito Confessado, apenas a partir de então é que se iniciou a contagem do prazo prescricional, de modo que, *in casu*, não se perfectibilizou a ocorrência da prescrição.

6. A exclusão dos sócios do pólo passivo é matéria estranha ao feito, porquanto somente a empresa agravante (Tendência Assessoria Didático Pedagógica Ltda) figura como executada.

7. Agravo de instrumento improvido.

Em seu apelo nobre, aponta a recorrente violação aos arts. 202, do CTN, bem como ao art. 2º, §§ 5º e 6º, da Lei n. 6.830/1980. Aduz, em síntese, a nulidade da CDA. Aduz, em síntese, a possibilidade da intervenção por meio de exceção de pré-executividade, na hipótese, bem como a existência de nulidade da CDA.

Brevemente relatados, decido.

No que pertine à irresignação da recorrente quanto à adequação da via da exceção de pré-executividade para fins de arguição de pagamento do débito, prescrição, nulidades, tenho que não merece reparos o acórdão ora hostilizado.

A Lei n. 6.830/1980, que regula as execuções fiscais, em seu art. 16, § 3º, preceitua:

Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

§ 3º - Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.

Deveras, no que concerne à servibilidade da exceção de pré-executividade, tem a doutrina entendido que sua utilização opera-se quanto às matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo juiz que versem sobre questão de viabilidade da execução - **liquidez e exigibilidade do título, condições da ação e pressupostos processuais** - dispensando-se, nestes casos, de garantia prévia do juízo para que essas alegações sejam suscitadas.

Contudo, o espectro das matérias suscetíveis através da exceção tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se a arguição de prescrição e de ilegitimidade passiva do executado, **desde que não demande dilação probatória** (exceção *secundum eventus probationis*).

Nesse sentido:

Processual Civil. Recurso especial. Suposta ofensa do art. 525 do CPC. Reexame de prova. Tributário. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Viabilidade do incidente.

1. Nos termos do art. 525 do CPC, “a petição de agravo de instrumento será instruída: I - obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; II - facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis”. Sobre o tema, “a Corte Especial firmou orientação no sentido de que motiva o não-conhecimento do agravo de instrumento a ausência de juntada de peça essencial ao deslinde da controvérsia, além daquelas obrigatórias, relacionadas no inciso I do mesmo art. 525 do CPC” (AgRg nos EREsp n. 836.204-DF, Corte Especial, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 5.3.2007).

2. No entanto, tratando-se de agravo instruído com as peças obrigatórias, entendendo o tribunal de segundo grau que o recurso continha todas as peças aptas ao seu conhecimento, a verificação de ofensa ao art. 525 do CPC, consubstanciada na alegação de ausência de peça essencial, está atrelada à análise do contexto fático da causa e ao mero exame de peças processuais, o que é inviável em sede de recurso especial, tendo em vista a circunstância obstativa decorrente do disposto na Súmula n. 7-STJ.

3. Malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade naquelas situações em que não se fazem necessárias dilações probatórias, e em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, dentre outras. Assim, havendo a comprovação de plano da veracidade das alegações do

excipiente, sem a necessidade de produção de novas provas, não há óbice à análise da matéria por meio do incidente em comento.

4. Recurso especial desprovido. (REsp n. 670.008-AL, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 14.6.2007).

Tributário. Redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente. Exceção de pré-executividade. Questões que demandam dilação probatória. Impossibilidade.

1. A possibilidade de verificação de plano, sem necessidade de dilação probatória, delimita as matérias passíveis de ser deduzidas na exceção de pré-executividade, independentemente da garantia do juízo.

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem assentou que o reconhecimento da ilegitimidade passiva dos sócios dependeria de produção de provas, o que afasta o cabimento da exceção de pré-executividade.

3. Recurso especial improvido. (REsp n. 824.393-RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 14.5.2007).

Infere-se, desse contexto, que a exceção de pré-executividade constitui instrumento de que dispõe o executado sempre que pretenda infirmar a certeza, a liquidez ou a exigibilidade do título através de inequívoca prova documental, e cuja propositura independe de prévia segurança do juízo.

Dessarte, inviável a utilização da exceção na hipótese que ora se examina.

Restou assentado no v. acórdão recorrido que as fundamentações do excipiente demandam a análise do contexto fático-probatório, *verbis*: (fls. 159)

Para que a exceção de pré-executividade possa ser admitida, é indispensável que o vício indicado apresente-se com tal evidência a ponto de justificar o seu reconhecimento de plano pelo juízo, sendo desnecessária qualquer dilação probatória. O acolhimento da exceção, portanto, depende de que as alegações formuladas pela parte sejam averiguáveis de plano, completamente provadas, praticamente inquestionáveis. Qualquer consideração ou análise mais aprofundada impede o manejo desse incidente. Nesse sentido, a pacífica jurisprudência (...) Ademais, cumpre gizar que as questões da nulidade da CDA e ausência de notificação no processo administrativo não dispensam a dilação probatória, mostrando-se, assim, inviável de ser apreciada na via eleita (...).

Desta sorte, ***aférir a necessidade ou não de dilação probatória, inviabilizadora da utilização da exceção de pré-executividade, demanda o reexame do conteúdo fático probatório dos autos, insindicável ao STJ, em sede de recurso especial, ante a incidência da Súmula n. 7-STJ.***

Nesse sentido tem-se os seguintes precedentes:

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Necessidade de dilação probatória firmada pela Corte de origem. Revisão. Súmula n. 7-STJ. Negativa de vigência do art. 535, I e II, do CPC. Não-ocorrência.

1. Cuida-se de recurso especial interposto por Cláudio Roberto Rebelo de Souza contra acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região que manteve incólume a decisão singular que rejeitou a exceção de pré-executividade ao argumento de que as postulações do autor reclamam cognição aprofundada, incompatível com o instrumento processual utilizado.

2. O Tribunal de origem, ao analisar o recurso integrativo, apresentou fundamentação suficiente ao desate da lide, ainda que por outras razões de direito que não as suscitadas pelo ora recorrente, afastou a necessidade de complementar o julgado, dada a ausência de omissão ou contradição. Negativa de vigência do art. 535, I e II, do CPC que se afasta.

3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é cabível o manejo da exceção de pré-executividade para discutir questões de ordem pública na execução fiscal, ou seja, os pressupostos processuais, as condições da ação, os vícios objetivos do título executivo, atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade, *desde que não demande dilação probatória*.

4. Precedentes: AgRg no AG n. 751.712-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 30.6.2006; AgRg no REsp n. 507.613-PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 13.3.2006; REsp n. 426.157-SE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 18.8.2006; REsp n. 783.466-MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 6.3.2006; REsp n. 577.613/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 8.11.2004.

5. Na espécie, o Tribunal de origem decidiu que as questões trazidas a debate pelo autor na exceção de pré-executividade (decadência e nulidade do título executivo), não poderiam, de plano, serem constatadas, por demandarem dilação probatória. A revisão desse entendimento, na via do recurso especial, encontra óbice na Súmula n. 7-STJ.

6. Recurso especial conhecido parcialmente e, nesta parte, não-provido. (REsp n. 840.924-RO, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, publicado no DJ de 19.10.2006)

Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Exceção de pré-executividade. Dissídio jurisprudencial. Dissídio pretoriano. Ausência de similitude fática.

1. *A necessidade ou não de se realizar dilação probatória é elemento essencial na determinação da possibilidade de conhecimento da prescrição por meio da exceção de pré-executividade.*

2. Tal circunstância, levada em consideração pelo acórdão paradigma, não foi discutida no acórdão recorrido. Inexistência de semelhança fática entre os casos confrontados.

3. Na instância especial não é dado ao julgador, ante o óbice da Súmula n. 7-STJ, reexaminar as circunstâncias fáticas da demanda, o que impede a verificação, neste momento, da necessidade ou não de dilação probatória. Súmula n. 7-STJ.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 815.388-SP, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, publicado no DJ de 1º.9.2006)

No que se refere às alegações formuladas pela recorrente no afã de ver reconhecida a nulidade da CDA, que consubstancia o executivo fiscal ensejador da presente controvérsia, não se revela merecedor de conhecimento o especial.

Isto porque, neste particular, o voto condutor do aresto ora hostilizado ostentou a seguinte fundamentação (fl. 159):

Nesta linha, no que diz com a nulidade argüida da CDA, cabe esclarecer que, conforme o art. 204, caput e parágrafo único, do CTN, a dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez, o que só pode ser afastado por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite. Ademais, cumpre gizar que as questões da nulidade da CDA e ausência de notificação no processo administrativo não dispensam a dilação probatória, mostrando-se, assim, inviável de ser apreciada na via eleita.

Esclareço, entretanto, que estes temas poderão ser renovados em embargos à execução, com ampla possibilidade de produção de provas.

No caso, pela simples visualização do título (fl. 26 e seguintes), verifica-se que este se encontra íntegro e perfeito, estando presentes os requisitos do art. 2º, § 5º e incisos, da Lei n. 6.830/1980. Constam do documento: o nome do devedor, a quantia devida e maneira de calcular os acréscimos legais, a base legal da dívida, a data em que foi inscrita e o número do processo administrativo.

(...)

Assim, impende destacar que o conhecimento das questões relativas nulidade da CDA, encontra-se obstado à esta Corte nesta via especial, vez que, quanto à alegada nulidade do título executivo, na hipótese sub examine, a verificação acerca do preenchimento ou não dos requisitos legais necessários à sua regularidade, de forma a afastar a regularidade da CDA, encerra, também, matéria de prova, cuja cognição é interdita em sede de recurso especial, ante a *ratio essendi* da Súmula n. 7-STJ.

Perfilhando o mesmo entendimento, confirmam-se, à guisa de exemplo, julgados desta Corte, *verbis*:

Agravo regimental no recurso especial. Embargos à execução fiscal. Nulidade da CDA. Irregularidade. Impossibilidade de análise por esta Corte. Súmula n. 7-STJ. Possibilidade de retificação do título até a sentença de mérito. Preclusão. Precedentes. Agravo regimental desprovido.

1. É impossível o reexame dos elementos que motivaram os julgados, culminando com a declaração de nulidade da CDA, pois importaria o revolvimento da matéria fática, vedado pela Súmula n. 7-STJ.

2. A não-substituição do título executivo, para sanar eventuais irregularidades, até a decisão de primeira instância, resulta na nulidade da Certidão de Dívida Ativa e da execução dela decorrente.

Precedentes.

3. Sendo nula a Certidão de Dívida Ativa, não há falar em prosseguimento da execução.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 547.548-MG, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJU de 7.11.2006)

Tributário. Execução fiscal. IPVA. Nulidade da CDA. Prévia existência de auto de lançamento. Súmula n. 7-STJ.

1. É nula a CDA que engloba, num único valor, a cobrança de vários débitos sem a discriminação dos exercícios fiscais a que se referem, bem como das quantias correspondentes.

2. A circunstância de a expedição da Certidão de Dívida Ativa para a cobrança do IPVA ser precedida de prévio auto de lançamento - que engloba e discrimina os diversos exercícios financeiros, suprimindo, daí, eventual deficiência na CDA -, por constituir questão fática, nem ao menos mencionada no acórdão recorrido, é insuscetível de exame na via do recurso especial.

3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (REsp n. 824.711-RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 12.6.2006).

Ex positis, conheço do agravo de instrumento, para negar seguimento ao próprio recurso especial.

Ex positis, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 448.268-RS
(2002/0082930-1)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Agravante: Cezar Augusto Gehm

Advogado: Christiane de Godoy Martins e outros

Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Neusa Mourão Leite e outros

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Execução fiscal. Responsabilidade do sócio-gerente pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica. Necessidade de dilação probatória. Exceção de pré-executividade. Descabimento.

1. A exceção de pré-executividade é cabível para a discussão a respeito dos pressupostos processuais e das condições da ação, vedada sua utilização, nessas hipóteses, apenas quando há necessidade de dilação probatória.

2. Tendo o acórdão recorrido afirmado, no caso concreto, a necessidade de “aprofundada investigação sobre matéria de fato”, é inviável o exame da questão em sede de exceção de pré-executividade.

3. Agravo regimental 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 agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros José Delgado e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Denise Arruda e Francisco Falcão.

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

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 23.8.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão sintetizada na seguinte ementa:

Processo Civil e Tributário. Execução fiscal. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão não configurada. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Legitimidade passiva do sócio-gerente pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica. Necessidade de dilação probatória. Exceção de pré-executividade. Impossibilidade.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pela parte, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. A falta de prequestionamento da questão federal, a despeito da oposição dos embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial (Súmula n. 211-STJ).

3. A exceção de pré-executividade é cabível para a discussão a respeito dos pressupostos processuais e das condições da ação, vedada sua utilização, nessas hipóteses, apenas quando há necessidade de dilação probatória.

4. Caso concreto referente à legitimidade passiva do sócio-gerente para demanda de execução fiscal pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica, no caso de tributo não recolhido. Necessidade de dilação probatória afirmada pelo acórdão recorrido. Inviabilidade de examinar a questão em exceção de pré-executividade.

5. Recurso especial a que se nega seguimento. (fl. 120).

A agravante sustenta, em síntese, que “se o tema diz respeito à ilegitimidade de parte, como é o caso presente, este se inclui entre as condições da ação, e, portanto, pode ser decidido à vista do título, não demandando dilação probatória” (fl. 136). Cita acórdão da 3ª Turma da Corte em abono à tese esposada. Pede a reconsideração da decisão agravada, ou a submissão do agravo à apreciação da Turma, para que seja dado provimento ao recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. O precedente referido nas razões do agravo, cuja orientação foi adotada pela decisão agravada, estabelece ser cabível a exceção de pré-executividade para o exame das questões relativas às condições da ação, sempre que tais questões possam ser decididas “à vista do título” (REsp n. 254.315-RJ, 3ª Turma, Min. Ari Pargendler, DJ de 27.5.2002).

No caso dos autos, como expressamente consta da decisão monocrática, o Tribunal de origem afirmou a indispensabilidade de “aprofundada investigação sobre matéria de fato” (fl. 56) para o deslinde das questões objeto da exceção, razão pela qual, na linha da orientação esposada nos julgados ali indicados, é inviável o seu processamento.

2. Não tendo o agravante trazido aos autos quaisquer elementos novos, capazes de infirmar os fundamentos da decisão agravada, nego provimento ao agravo regimental. É o voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 536.505-RJ (2003/0086959-2)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Flávia Maria Almeida da Gama Lima e outro

Advogado: Flávia Maria Almeida da Gama Lima (em causa própria)

Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Alexandra da Silva Amaral e outros

EMENTA

Processual. Agravo regimental. Recurso especial. Exceção de pré-executividade. Necessidade de exame de provas. Impossibilidade.

I - A exceção de pré-executividade revela-se incabível nas hipóteses em que exsurge a necessidade de exame aprofundado das

provas no sentido de confirmar a ausência de responsabilidade das agravantes no tocante à gerência da sociedade.

II - Nos termos do art. 16, § 3º, da Lei n. 6.830/1980, toda matéria de defesa, a ser examinada sob o crivo do contraditório, tem que ser deduzida em sede de embargos à execução.

III - 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 e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Denise Arruda. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 9 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 17.5.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto por *Flávia Maria Almeida da Gama Lima e outro*, contra decisão em que dei provimento ao recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Os agravantes sustentam, em síntese, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que a responsabilidade tributária dos sócios é subjetiva, razão pela qual se revela cabível a exceção de pré-executividade.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): A decisão agravada merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A exceção de pré-executividade é admitida em sede de execução fiscal, embora com cautela, pois o artigo 16, § 3º, da Lei n. 6.830/1980 determina expressamente que a matéria de defesa deve ser argüida em embargos.

Dessa forma, a jurisprudência desta Corte restringe a exceção de pré-executividade às matérias de ordem pública e aos casos em que o reconhecimento da nulidade do título puder ser verificada de plano, sem necessidade de contraditório e dilação probatória.

No caso em exame, o Tribunal *a quo* entendeu que os vícios apontados na exceção de pré-executividade não se revelam de fácil percepção, o que impôs, inclusive, o exame dos documentos acostados pela recorrida com a finalidade de afastar a sua responsabilidade tributária no tocante à gerência da empresa executada. Essa matéria, contudo, nos termos precisos do art. 16, § 3º, da Lei n. 6.830/1980, somente pode ser analisada em sede de embargos à execução e desde que garantido o Juízo. Nesse contexto, tem-se por insubsistente a tese dos agravantes.

Sobre o assunto, destaco os seguintes precedentes jurisprudenciais, *verbis*:

Processo Civil. Execução fiscal. Matéria de defesa: pré-executividade. Responsabilidade do sócio.

1. Em tese, a exceção de pré-executividade, consubstanciada na oposição de defesa na execução, sem o ajuizamento da ação incidental de embargos, é admitida por construção da doutrina e da jurisprudência.

2. O STJ aceita a exceção de pré-executividade nas execuções regidas pelo CPC, quando a matéria argüida depende de prova e alveja de plano a liquidez e certeza do título em cobrança.

3. Aceitação ainda mais restrita em relação à execução fiscal, em razão da previsão contida no § 3º do art. 16 da LEF (Lei n. 6.830/1980).

4. Responsabilidade do sócio de sociedade que se extinguiu de fato é tema controvertido e que enseja indagações fáticas e exame de prova.

5. Recurso especial improvido (REsp n. 287.515-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 29.4.2002, p. 00223).

Processual Civil. Tributário. Agravo regimental.

1. Se, ao apreciar agravo de instrumento tirado contra decisão que rejeitou exceção de pré-executividade, o Tribunal a quo entende que a matéria necessita de maior elucidação, a qual somente através de autos adequados poderá vir à superfície, torna-se impossível o conhecimento de recurso especial para rediscutir o mérito de tal questionamento.

2. Ação declaratória de relação jurídico-tributária envolvendo determinado período de ocorrência de fato gerador.

3. Discussão se a decisão nela proferida produz efeitos para fatos geradores futuros.

4. Agravo de instrumento improvido sob a alegação de que aspectos fáticos necessitam ser esclarecidos.

5. Execução fiscal em curso que se pretende extinguir, pela via da exceção de pré-executividade, para que a decisão da ação declaratória produza efeitos.

6. Agravo regimental improvido (AGREsp n. 241.483-MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 15.5.2000, p. 00143).

Processo Civil. Execução. Exceção de pré-executividade. Admissibilidade. Hipóteses. Hígidez do título executivo. Matérias apreciáveis de ofício. Verificação no caso concreto. Reexame de provas e interpretação de cláusula contratual. Recurso não conhecido.

I – A sistemática processual que rege a execução por quantia certa exige, via de regra, a segurança do juízo como pressuposto para o oferecimento de embargos do devedor.

II – A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá, em princípio, nos casos em que o juízo, de ofício, pode conhecer da matéria, a exemplo do que se verifica a propósito da hígidez do título executivo.

III – Se a verificação dos requisitos formais do título executivo depende da análise de premissas de fato, como o reexame de provas e a interpretação de cláusulas contratuais, a apreciação do tema, na instância especial, atrita com a competência constitucionalmente reservada ao Superior Tribunal de Justiça (Enunciados n. 5 e 7 da Súmula-STJ).

IV – Não se vislumbra a apontada negativa de prestação jurisdicional, quando o órgão julgador não deixa de examinar qualquer ponto suscitado pela parte interessada.

V – A configuração do dissídio pretoriano, a ensejar recurso especial, depende da semelhança entre as situações fáticas e da demonstração da divergência, na conformidade do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil (REsp n. 180.734-RN, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 2.8.1999, p. 00191).

Processual. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Admissão antes de efetivada a penhora. Impossibilidade.

I – O sistema consagrado no art. 16 da Lei n. 6.830/1980 não admite as denominadas “exceções de pré-executividade”.

II – O processo executivo fiscal foi concebido como instrumento compacto, rápido, seguro e eficaz, para realização da dívida ativa pública. Admitir que o executado, sem a garantia da penhora, ataque a certidão que o instrumenta, é tornar insegura a execução. Por outro lado, criar instrumentos paralelos de defesa é complicar o procedimento, comprometendo-lhe rapidez.

III – Nada impede que o executado - antes da penhora - advirta o Juiz, para circunstâncias prejudiciais (pressupostos processuais ou condições da ação) suscetíveis de conhecimento *ex officio*. Transformar, contudo, esta possibilidade em defesa plena, como produção de provas, seria fazer ‘tabula rasa’ do preceito contido no Art. 16 da LEF. Seria emitir um convite à chicana, transformando a execução fiscal em ronceiro procedimento ordinário (REsp n. 143.571-RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 1º.3.1999, p. 00227).

Nesse panorama, não tendo os agravantes conseguido infirmar os fundamentos acima explicitados, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 778.467-SP
(2005/0145927-6)**

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Agravante: Rachel Nudelman Cukier

Advogado: Sidnei Turczyn e outro(s)

Agravado: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Procuradora: Larissa de Abreu D’Orsi e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Agravo regimental que não ataca os fundamentos da decisão agravada. Incidência do Enunciado

da Súmula n. 182-STJ. Ilegitimidade do sócio-gerente. Dilação probatória. Exceção de pré-executividade. Não-cabimento.

1. Consta-se que as razões do recurso não impugnam os argumentos da decisão combatida, o que faz incidir o enunciado da Súmula n. 182, deste Tribunal, *litteris*: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”.

2. Havendo necessidade de dilação probatória, não é possível apreciar a questão da ilegitimidade passiva em exceção de pré-executividade, como de fato constatou o acórdão recorrido.

3. Agravo regimental não-conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 6.2.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Cuida-se de agravo regimental manifestado contra decisão assim resumida à fl. 274:

O apelo não merece prosperar.

Não há violação ao artigo 535 do CPC, posto que o acórdão declarou a inadequação da via eleita em face da necessidade de dilação probatória. Não há

assim, obrigatoriedade de se manifestar acerca de todos os pontos esposados pela parte quando já adotou fundamento suficiente para decidir a controvérsia.

Outrossim, adotar entendimento contrário àquele fundamentado pelo Tribunal *a quo* no sentido de que, na hipótese, é necessária a dilação probatória para reconhecer ou não a legitimidade passiva, importaria o revolvimento de matéria de prova o que é vedado pela Súmula n. 7-STJ.

Importa salientar que, embora a sistemática processual estabeleça que a oposição de embargos constitui via própria para o oferecimento de defesa nas ações de execução, o posicionamento desta Corte é no sentido de admitir a arguição da exceção de pré-executividade no que concerne a matérias de ordem pública na ação executiva, tais como condições da ação e pressupostos processuais, desde que não se afigure necessário, para tal mister, dilação probatória.

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

Quanto ao art. 267, § 3º do CPC, verifico que não houve o devido prequestionamento, ainda que opostos embargos de declaração. Incide o óbice da Súmula n. 211-STJ.

Demais disso, vale esclarecer que, no caso em questão, refere-se à ilegitimidade do sócio cujo nome foi incluído no pólo passivo da execução. Portanto, a discussão a respeito da responsabilidade do sócio demanda a produção de provas, devendo, portanto, ser discutida em sede de embargos à execução. Dessa forma, incabível a exceção de pré-executividade.

Corroborando a tese acima, cito os seguintes julgados:

Execução fiscal. Agravo regimental em agravo de instrumento. Art. 545, do CPC. Exceção de pré-executividade. Dilação probatória. Responsabilidade dos sócios. Artigo 135, inciso III, do CTN. Legitimidade passiva *ad causam*.

1. A exceção de pré-executividade para ser articulada, dispensa penhora, posto limitada às questões relativas aos pressupostos processuais; condições da ação; vícios do título e exigibilidade e prescrição manifesta.

2. A responsabilidade de sócio, por dívida fiscal da pessoa jurídica, em decorrência da prática de ato ilícito, demanda dilação probatória.

3. A exceção de pré-executividade se mostra inadequada, quando o incidente envolve questão que necessita de produção probatória, como referente à responsabilidade solidária do sócio-gerente da empresa executada.

4. Precedentes: (AG n. 591.949-RS. Rel. Min. Luiz Fux, DJ 13.12.2004; AG n. 681.784-MG, Rel. Min. José Declgado, DJ de 19.9.2005; AGREsp n. 604.257-MG,

Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 24.5.2004; AGA n. 441.064-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 3.5.2004).

5. Agravo Regimental improvido. (Primeira Turma, AgRg no Ag n. 748.254-RS, relator Ministro Luiz Fux, DJ de 14.12.2006.)

Sustenta a agravante que, no caso concreto, a ilegitimidade da agravante é flagrante e comprovada, como foi, por prova pré-constituída e, ademais, caberia à agravada comprovar a dissolução irregular da sociedade o que não ocorreu (fl. 280). Aduz, ainda, que não foi apreciada a questão da divergência jurisprudencial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Não prospera a pretensão recursal.

É que as razões esposadas pelo ora agravante sequer infirmam o teor da decisão a qual pretende reformar. Incide, na espécie, o teor da Súmula n. 182-STJ: É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.

Ademais, quanto a questão da não apreciação da divergência jurisprudencial, registro que a decisão agravada demonstrou, trazendo a colação julgados do STJ, que o entendimento é pacífico no sentido de que, em havendo necessidade de dilação probatória, não é possível apreciar a questão da ilegitimidade passiva em exceção de pré-executividade, como de fato constatou o acórdão recorrido.

Nesse sentido:

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento da execução fiscal. Art. 135 do CTN. Ilegitimidade do sócio-gerente. Exceção de pré-executividade. Não-cabimento. Agravo regimental.

1. A ilegitimidade passiva, no caso de redirecionamento da execução fiscal, com lastro no art. 135, III, do CTN, quando há necessidade de realização de dilação probatória, para efeito de verificação de alguma das hipóteses ali previstas, independente de quem possui o respectivo ônus da prova, torna incabível na espécie a exceção de pré-executividade.

2. O Tribunal de origem firmou sua convicção de ser incabível a exceção de pré-executividade, em razão da necessidade de dilação probatória, o que não pode ser revisto nesta Corte. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n.

911.617-PA, Relator(a) Ministro Humberto Martins, data da publicação/fonte DJ 5.10.2007.

Do exposto, não conheço do presente recurso.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 987.231-SP
(2007/0216883-7)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Agravante: Paulo Keiner e outro

Advogado: Jose Rena

Agravado: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Procurador: Vitória Aida Arruda Pereira de Oliveira e outro(s)

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Prescrição. Análise da situação fática. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

1. A oposição de exceção de pré-executividade é possível quando alegada a ocorrência da prescrição dos créditos executivos, desde que a matéria tenha sido aventada pela parte, e que não haja a necessidade de dilação probatória.

2. Na hipótese, o Tribunal afastou a prescrição, considerando as circunstâncias específicas dos autos, razão pela qual nesse ponto incide a Súmula n. 7 do STJ.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 5 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 26.2.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de agravo regimental interposto por *Paulo Keiner e outro* contra decisão de minha autoria, assim ementada:

Tributário e Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Prescrição. Análise da situação fática. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

Em suas razões, os agravantes aduzem que a decisão merece reforma, porquanto o crédito tributário encontra-se prescrito, consoante informações extraídas da sentença. Argumentam que a análise da matéria relativa à prescrição não demanda qualquer reexame de provas, bastando verificar que a citação dos sócios ocorreu após o lapso de cinco anos contados a partir da citação da pessoa jurídica.

Pugnam, por fim, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, submeta-se o presente agravo à apreciação da Turma.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): A pretensão recursal dos agravantes não tem êxito.

Com relação a exceção de pré-executividade, é possível que seja alegada a ocorrência da prescrição dos créditos executados, desde que a matéria tenha sido aventada pela parte, e que não haja a necessidade de dilação probatória. Outro

não é o entendimento dessa corte, conforme se verifica dos precedentes abaixo colacionados:

Processual Civil. Tributário. Recurso especial. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Comprovação da existência de liminar concedida em mandado de segurança. Cabimento.

1. Não obstante serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade naquelas situações em que não se fazem necessárias dilações probatórias, e em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.

2. No caso em análise, observa-se que a simples demonstração da existência do deferimento de liminar em mandado de segurança, no sentido de suspender a exigibilidade do crédito tributário em discussão, já é prova suficiente para se apreciar a possibilidade de suspensão da execução fiscal em curso. Desse modo, é plenamente cabível o instrumento da exceção de pré-executividade, tal como utilizado pela recorrente, haja vista a desnecessidade de aprofundamento da via probatória para comprovação das alegações aduzidas.

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 726.834-RS, Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 13.11.2007, DJ 10.12.2007.)

Tributário. Processual Civil. Multa administrativa. Prescrição. Cinco anos. Incidência do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. Exceção de pré-executividade. Argruiação de prescrição. Possibilidade.

1. A decisão agravada foi fundamentada no artigo 557 do CPC, que permite ao relator decidir monocraticamente negando seguimento ao recurso em confronto com a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal. A recorrente aduziu a impossibilidade de julgamento monocrático do especial, por abranger matérias relevantes; contudo, não logrou demonstrar a relevância dos temas e a ausência de jurisprudência pacífica.

2. É posicionamento pacífico desta Corte que o Estado dispõe do prazo de cinco anos para ser acionado, por seus débitos, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, e tal lustrro prescricional deve ser aplicado no caso de cobrança do Estado contra o administrado.

3. É possível que em exceção de pré-executividade seja alegada a ocorrência da prescrição dos créditos excutidos, desde que a matéria tenha sido aventada pela parte, e que não haja a necessidade de dilação probatória.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 373.662-RJ, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 6.11.2007, DJ 19.11.2007.)

Contudo, no caso específico dos autos, o Tribunal afastou a prescrição, considerando as circunstâncias específica dos autos, razão pela qual nesse ponto incide a Súmula n. 7 do STJ.

Quanto à prescrição intercorrente, observa-se que novamente o Tribunal de origem, considerou a peculiaridade do caso e, como soberano das circunstâncias fáticas da causa, confirmou a sentença proferida pelo juízo *a quo*, entendeu que “não se operou a prescrição intercorrente, uma vez que não houve inércia, nem tampouco negligência por parte da exequente, que tem diligenciado, com o necessário empenho, para obter a satisfação de seu crédito” (fl. 37).

Com efeito, aferir se ocorreu ou não qualquer das circunstâncias que ensejaram a interrupção da prescrição, demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula n. 7-STJ.

Nesse sentido, a doutrina do jurista Roberto Rosas:

O exame do recurso especial deve limitar-se à matéria jurídica. A razão dessa diretriz deriva da natureza excepcional dessa postulação, deixando-se às instâncias inferiores o amplo exame da prova. Objetiva-se, assim, impedir que as Cortes Superiores entrem em limites destinados a outros graus. Em verdade, as postulações são apreciadas amplamente em primeiro grau, e vão, paulatinamente, sendo restringidas para evitar a abertura em outros graus. Acertadamente, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal abominaram a abertura da prova ao reexame pela Corte Maior. Entretanto, tal orientação propiciou a restrição do recurso extraordinário, e por qualquer referência à prova, não conhece do recurso.

(Direito Sumular - Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, 6ª Edição ampliada e revista, Editora Revista dos Tribunais, p. 305)

A propósito, cabe destacar o seguinte julgado:

Tributário e Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Prescrição. Dissídio jurisprudencial. Notória divergência. Análise da situação fática. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

1. “O STJ, em hipótese de notória divergência interpretativa, costuma mitigar as exigências de natureza formal, tais como cotejo analítico, indicação de repositório oficial e individualização de dispositivo legal” (EAREsp n. 423.514-RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 6.10.2003).

2. A possibilidade de verificação de plano, sem necessidade de dilação probatória, delimita as matérias passíveis de serem deduzidas na exceção de pré-executividade, independentemente da garantia do juízo. Precedentes: REsp n. 904.480-SP, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 10.4.2007; REsp n. 617.029-RS 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 27.2.2007; REsp n. 551.816-RS, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 6.2.2007; AgRg no Ag n. 775.393-RS, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 21.11.2006; REsp n. 679.791-RS, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 26.9.2006 e REsp n. 857.318-RJ, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25.10.2005.

3. No caso dos autos, após a análise das circunstâncias fático-probatórias da causa, o Tribunal de origem decidiu pelo não cabimento da exceção, de modo que a análise da matéria recursal encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ. Precedentes: REsp n. 744.770-PB, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 20.3.2007; REsp n. 840.924-RO, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 19.10.2006; AgRg no REsp n. 815.388-SP, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 1º.9.2006 e AgRg no Ag n. 751.712-RS, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 30.6.2006.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 929.559-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 5.6.2007, DJ 21.6.2007.)

Ante o exposto, e em vista de que os agravantes não trouxeram qualquer argumento que pudesse infirmar a decisão agravada, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 866.632-MG
(2007/0255761-1)**

Relator: Ministro José Delgado

Embargante: Luís Marcelo Dias Sales

Advogado: Cláudio Bonato Fruet e outro(s)

Embargado: Estado de Minas Gerais

Procurador: Antônio Carlos Diniz Murta e outro(s)

Interessado: Brasimac S/A Eletro Domésticos

Interessado: Guilherme Sérgio Cersosimo

Interessado: Arnaldo Bisoni

Interessado: Fernando Alberto de Sant'Ana

Advogado: Wellington da Costa Pinheiro e outro

Sustentação oral: Beatriz Donaire de Oliveira, pelo embargante

EMENTA

Tributário. Embargos de divergência. Execução fiscal. Averiguação da responsabilidade de sócio-gerente. Exceção de pré-executividade. Necessidade de dilação probatória. Impossibilidade. Precedentes.

1. Encontra-se pacificado no âmbito das egrégias Turmas que compõem a 1ª Seção do STJ o entendimento de que a exceção de pré-executividade é cabível para discutir matérias de ordem pública na execução fiscal, *id est*, os pressupostos processuais, as condições da ação, os vícios objetivos do título executivo, atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade, não sendo permitida a sua interposição quando necessite de dilação probatória.

2. Sobre a averiguação da responsabilidade de sócio-gerente, a jurisprudência entende que:

- “a responsabilidade de sócio, por dívida fiscal da pessoa jurídica, em decorrência da prática de ato ilícito, demanda dilação probatória. A exceção de pré-executividade se mostra inadequada, quando o incidente envolve questão que necessita de produção probatória, como referente à responsabilidade solidária do sócio-gerente da empresa executada” (AGA n. 591.949-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux);

- “Havendo indícios de que a empresa encerrou irregularmente suas atividades, é possível redirecionar a execução ao sócio, a quem cabe provar o contrário em sede de embargos à execução, e não pela estreita via da exceção de pré-executividade” (AGA n. 561.854-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki);

- “tratando-se de Firma Individual, a responsabilidade do sócio é ilimitada, o que, a fortiori, obsta a arguição de ilegitimidade passiva, mormente em se tratando de exceção de pré-executividade, onde não se admite dilação probatória” (REsp n. 507.317-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux);

- “não se admite a argüição de ilegitimidade passiva ad causam por meio de exceção de pré-executividade quando sua verificação demandar extenso revolvimento de provas” (AgRg no REsp n. 604.257-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki);

- “descabe o uso da exceção de pré-executividade com o objetivo de se discutir a legitimidade passiva do sócio-gerente de sociedade limitada em execução fiscal, devendo a matéria ser apreciada por meio de embargos do devedor” (AgRg no REsp n. 588.045-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão).

3. Embargos de divergência conhecidos e não-providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos, mas lhes negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Francisco Falcão, Castro Meira, Denise Arruda e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Luiz Fux e Herman Benjamin.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2007 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 25.2.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de embargos de divergência para discutir acórdão da egrégia 2ª Turma desta Corte, da lavra do eminente Min. Castro Meira, assim ementado:

Processual Civil. Inexistência de violação do artigo 535 do CPC. Reexame probatório. Súmula n. 7-STJ.

1. Não se verifica no presente feito a apontada contradição do acórdão recorrido. É certo que a jurisprudência admite a exceção de pré-executividade

como meio processual para discussão de matéria de ordem pública. Entretanto também é pacífico que a exceção não comporta a discussão de temas que demandem dilação probatória, reservada ao âmbito dos embargos de devedor. Essas conclusões nada têm de contraditórias.

2. Não se caracteriza a omissão do aresto que afasta a exceção de pré-executividade ao fundamento de que o contrato social não esclarece as funções exercidas por sócio. Ademais, a circunstância não é suficiente para demonstração da ilegitimidade passiva em sede de execução fiscal.

3. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ).

4. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

Opostos embargos de declaração, foram eles assim ementados:

Processual Civil. Inexistência de violação do artigo 535 do CPC. Reexame probatório.

1. Não se verifica no presente feito a apontada contradição do acórdão recorrido. É certo que a jurisprudência admite a exceção de pré-executividade como meio processual para discussão de matéria de ordem pública. Entretanto também é pacífico que a exceção não comporta a discussão de temas que demandem dilação probatória, reservada ao âmbito dos embargos de devedor. Essas conclusões nada têm de contraditórias.

2. Não se caracteriza omissão o aresto que afasta a exceção de pré-executividade ao fundamento de que o contrato social não esclarece as funções exercidas por sócio. Ademais, a circunstância não é suficiente para demonstração da ilegitimidade passiva em sede de execução fiscal.

3. Inexistência de omissão, contradição e obscuridade em acórdão que entende pela ausência de substância nos documentos acostados em exceção de pré-executividade.

4. Embargos de declaração rejeitados.

Aduz que o aresto divergiu de outro proferido pela egrégia 1ª Turma (REsp n. 804.295-MG).

Nas suas razões recursais, alega o embargante que é possível a exceção de pré-executividade para fins de averiguação da ilegitimidade passiva do sócio-gerente, não envolvendo a aplicação da Súmula n. 7-STJ.

A ementa do julgado registra:

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pelo diretor de marketing da empresa executada. Prova pré-constituída. Existência. Dilação probatória. Desnecessidade.

1. A invocação de ilegitimidade passiva *ad causam* via exceção de pré-executividade; objeto da irresignação especial, afigura-se escorregada, uma vez cediço na Turma que o novel incidente é apto a veicular a ausência das condições da ação, mercê de o redirecionamento da execução implicar em situação excepcional, que não se verifica, *in casu*, porquanto o executado era diretor de marketing e não sócio-gerente da empresa.

2. Deveras, no que pertine à questão da responsabilidade do sócio por tributos a cargo da empresa, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento segundo o qual é imprescindível a prova, a cargo da exeqüente, de que o sócio, com poderes de gerência, tenha infringido a lei ou desbordado dos limites do estatuto social, a fim de redirecionar contra ele o executivo fiscal.

3. Esta questão, em regra, prescinde de produção de provas. Isto porque se vislumbram duas situações: ou a Certidão de Dívida Ativa não traz o nome do sócio, e a execução voltada contra ele, embora admissível, demanda prova a cargo da Fazenda Pública de que incorreu ele em uma das hipóteses previstas no art. 135 do Código Tributário Nacional; ou seu nome vem impresso na CDA, na qualidade de co-obrigado, circunstância que inverte o ônus da prova, uma vez que a certidão que instrui o executivo fiscal é dotada de presunção de liquidez e certeza.

4. A ilegitimidade do sócio - *in casu*, diretor de marketing -, por ausência de responsabilidade pelo pagamento de tributos devidos pela pessoa jurídica, a despeito de repousar no exame de provas, comporta discussão em sede de exceção de pré-executividade. Isto porque esta via comporta o exame de prova, desde que pré-constituída, à semelhança do que ocorre no mandado de segurança. O que não se admite, via exceção, é a dilação probatória.

5. É de sabença que é da essência do processo de execução a busca da satisfação rápida e eficaz do credor. Por esse motivo, o nosso sistema processual estabeleceu como condição específica dos embargos do devedor a segurança do juízo, capaz de tornar útil o processo após a rejeição dos embargos. Todavia, a doutrina e a jurisprudência, diante da existência de vícios no título executivo que possam ser declarados de ofício, vêm admitindo a utilização da exceção de pré-executividade, cuja principal função é a de desonerar o executado de proceder à segurança do juízo para discutir a inexecutabilidade de título ou a iliquidez do crédito exeqüendo.

6. Destarte, a utilização da exceção, em sede de execução fiscal, em face do que dispõe o art. 16, da Lei n. 6.830/1980, somente deve ser admitida em hipóteses restritas, quando a demonstração do equívoco do processo executivo possa ser levada a efeito de plano pelo executado, prescindindo de produção de prova. Do contrário, abre-se-lhe, apenas, a via dos embargos à execução.

7. *In casu*, o executado era diretor de marketing da empresa e não seu sócio-gerente, olvidando-se o Tribunal de origem em analisar a documentação acostada aos autos, comprobatória da ilegitimidade passiva argüida, afigurando-se a violação do artigo 535, do CPC, objeto da irresignação especial.

8. Recurso especial provido, divergindo-se do voto exarado pelo e. Ministro Relator, devendo os autos serem remetidos ao Tribunal de origem para exame da prova pré-constituída apresentada pelo recorrente na exceção de pré-executividade.

Conhecida a divergência e devidamente intimada, a parte embargada ofereceu impugnação, requerendo o desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Busca-se a definição da possibilidade, em exceção de pré-executividade no bojo de execução fiscal, de se cobrar integralmente de ex-sócio de uma empresa tributo por ela não recolhido.

O debate instaurado sobre a questão em comento, na verdade, encontra-se, hodiernamente, pacificado no âmbito das egrégias Turmas que compõem a 1ª Seção desta Casa, conforme se verifica dos julgados abaixo, sendo desnecessário, pois, proceder-se a unificação de entendimento sobre a matéria.

Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Dilação probatória. Responsabilidade dos sócios. Artigo 135, inciso III, do CTN. Legitimidade passiva *ad causam*.

1. A suscitação da exceção de pré-executividade dispensa penhora, posto limitada às questões relativas aos pressupostos processuais; condições da ação; vícios do título e exigibilidade e prescrição manifesta.

2. A responsabilidade de sócio, por dívida fiscal da pessoa jurídica, em decorrência da prática de ato ilícito, demanda dilação probatória.

3. A exceção de pré-executividade se mostra inadequada, quando o incidente envolve questão que necessita de produção probatória, como referente à responsabilidade solidária do sócio-gerente da empresa executada.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGA n. 591.949-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 13.12.2004)

Recurso especial. Alínea **a**. Tributário. Execução fiscal. Dissolução irregular da empresa. Redirecionamento da execução contra os sócios. Possibilidade. Precedentes.

- A responsabilidade do sócio-gerente, em relação às dívidas fiscais contraídas por esta, somente se afirma se aquele, no exercício da gerência ou de outro cargo na empresa, abusou do poder ou infringiu a lei, o contrato social ou estatuto, a

teor do que dispõe a lei tributária (artigo 135 do Código Tributário Nacional), ou, ainda, se a sociedade foi dissolvida irregularmente.

- "Havendo indícios de que a empresa encerrou irregularmente suas atividades, é possível redirecionar a execução ao sócio, a quem cabe provar o contrário em sede de embargos à execução, e não pela estreita via da exceção de pré-executividade" (AGA n. 561.854-SP, Teori Albino Zavascki, DJU 19.4.2004). Vide também: REsp n. 474.105-SP, Relator Min. Eliana Calmon, DJU 19.12.2003.

- Recurso especial provido. (REsp n. 462440-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 18.10.2004)

Processual Civil. Tributário. Execução fiscal. Responsabilidade do sócio-gerente pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica. Necessidade de dilação probatória. Exceção de pré-executividade. Descabimento.

1. A exceção de pré-executividade é cabível para a discussão a respeito dos pressupostos processuais e das condições da ação, vedada sua utilização, nessas hipóteses, apenas quando há necessidade de dilação probatória.

2. Tendo o acórdão recorrido afirmado, no caso concreto, a necessidade de "aprofundada investigação sobre matéria de fato", é inviável o exame da questão em sede de exceção de pré-executividade.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 448.268-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 23.8.2004)

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento. Responsabilidade do sócio-gerente. Previsão (art. 135, III, do CTN). Exceção de pré-executividade. Pressupostos de cabimento. Dilação probatória. Inviabilidade. Embargos de declaração. Limites. Art. 535 do CPC. Precedentes.

1. (...)

2. A arguição da exceção de pré-executividade, com vistas a tratar de matérias de ordem pública em processo executivo fiscal, tais como condições da ação e pressupostos processuais, somente é cabível quando não se afigure necessária, para tal mister, a dilação probatória.

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

4. Jurisprudência consolidada na Primeira Seção do STJ.

5. Recurso especial da Fazenda conhecido a que se nega provimento e recurso especial da S. M. Lar Utilidades Domésticas e Outra conhecido, porém não provido. (REsp n. 541.811-PR, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 16.8.2004)

Processo Civil e Tributário. Execução fiscal. Sócio-gerente. Responsabilidade. Ilegitimidade passiva. Prequestionamento. Ausência. Súmula n. 211 do STJ. Exceção de pré-executividade. Pressupostos de cabimento. Dilação probatória. Precedentes.

1. (...)

3. A arguição da exceção de pré-executividade, com vistas a tratar de matérias de ordem pública em processo executivo fiscal, tais como: condições da ação e pressupostos processuais, somente é cabível quando não se afigure necessária, para tal mister, a dilação probatória.

4. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 494.467-SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 16.8.2004)

Tributário. Processual Civil. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Arguição de ilegitimidade passiva. Extenso revolvimento de provas. Impossibilidade.

1. A possibilidade de verificação de plano, sem necessidade de dilação probatória, delimita as matérias passíveis de serem deduzidas na exceção de pré-executividade, independentemente da garantia do juízo.

2. Não se admite a arguição de ilegitimidade passiva ad causam por meio de exceção de pré-executividade quando sua verificação demandar extenso revolvimento de provas.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 604.257-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24.5.2004)

Processual. Agravo regimental. Recurso especial. Exceção de pré-executividade. Necessidade de exame de provas. Impossibilidade.

I - A exceção de pré-executividade revela-se incabível nas hipóteses em que exsurge a necessidade de exame aprofundado das provas no sentido de confirmar a ausência de responsabilidade das agravantes no tocante à gerência da sociedade.

II - Nos termos do art. 16, § 3º, da Lei n. 6.830/1980, toda matéria de defesa, a ser examinada sob o crivo do contraditório, tem que ser deduzida em sede de embargos à execução.

III - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 536.505-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 17.5.2004)

Processo Civil. Execução fiscal. Matéria de defesa: pré-executividade. Responsabilidade do sócio.

1. Em tese, a exceção de pré-executividade, consubstanciada na oposição de defesa na execução, sem o ajuizamento da ação incidental de embargos, é admitida por construção da doutrina e da jurisprudência.

2. O STJ aceita a exceção de pré-executividade nas execuções regidas pelo CPC, quando a matéria argüida independe de prova e alveja de plano a liquidez e certeza do título em cobrança.

3. Aceitação ainda mais restrita em relação à execução fiscal, em razão da previsão contida no § 3º do art. 16 da LEF (Lei n. 6.830/1980).

4. Responsabilidade do sócio de sociedade que se extinguiu de fato é tema controvertido e que enseja indagações fáticas e exame de prova.

5. Recurso especial improvido. (REsp n. 287.515-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 29.4.2002)

Processual Civil. Agravo regimental. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Discussão acerca da ilegitimidade passiva *ad causam* dos sócios. Descabimento.

I - A exceção de pré-executividade pode ser argüida em relação às questões relativas aos pressupostos processuais, condições da ação e vícios objetivos do título, referentes a certeza, liquidez e exigibilidade, desde que não demandem dilação probatória.

II - Descabe o uso da exceção de pré-executividade com o objetivo de se discutir a legitimidade passiva do sócio-gerente de sociedade limitada em execução fiscal, devendo a matéria ser apreciada por meio de embargos do devedor.

III - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 588.045-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 28.4.2004)

Processual Civil. Agravo de instrumento. Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento. Sócio-gerente. Art. 135, III, do CTN. Dissolução irregular. Possibilidade.

1. Havendo indícios de que a empresa encerrou irregularmente suas atividades, é possível redirecionar a execução ao sócio, a quem cabe provar o contrário em sede de embargos à execução, e não pela estreita via da exceção de pré-executividade.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AG n. 561.854-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19.4.2004)

Processual Civil e Tributário. Agravo de instrumento. Exceção de pré-executividade. Dilação probatória. Necessidade. Súmula n. 7-STJ.

1. Esta Corte Superior já assentou que, versando a controvérsia sobre a responsabilidade de sócio por tributos devidos pela pessoa jurídica, a solução repousa no exame de provas.

2. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

3. Agravo Regimental improvido. (AgRg no AG n. 467.271-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 25.2.2004)

Processo Civil e Tributário. Execução fiscal. Matéria de defesa: pré-executividade. Prescrição. Responsabilidade do sócio. Dissolução irregular da sociedade.

1. Doutrinariamente, entende-se que só por embargos é possível defender-se o executado, admitindo-se, entretanto, a exceção de pré-executividade.

2. Consiste a pré-executividade na possibilidade de, sem embargos ou penhora, argüir-se na execução, por mera petição, as matérias de ordem pública ou as nulidades absolutas, o que não ocorre com a prescrição, que não pode ser reconhecida de ofício.

3. A jurisprudência da Primeira Seção firmou-se no sentido de que não se admite a responsabilidade objetiva, mas subjetiva do sócio, não constituindo infração à lei o não-recolhimento de tributo, sendo necessária a prova de que adiu o mesmo dolosamente, com fraude ou excesso de poderes, excepcionando-se a hipótese de dissolução irregular da sociedade comercial.

4. Havendo indícios de que a empresa encerrou irregularmente suas atividades, é possível redirecionar a execução ao sócio, a quem cabe provar o contrário em sede de embargos à execução.

5. Recurso especial conhecido, mas improvido. (REsp n. 474.105-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 19.12.2003)

Processual Civil. Exceção de pré-executividade. Responsabilidade do sócio por tributos a cargo da pessoa jurídica. Dilação probatória. Impossibilidade.

1. É da essência do processo de execução a busca da satisfação rápida e eficaz do credor. Por esse motivo, o nosso sistema processual estabeleceu como condição específica dos embargos do devedor a segurança do juízo, capaz de tornar útil o processo após a rejeição dos embargos.

2. Todavia, a doutrina e a jurisprudência, diante da existência de vícios no título executivo que possam ser declarados de ofício, vêm admitindo a utilização da exceção de pré-executividade, cuja principal função é a de desonerar o executado de proceder à segurança do juízo para discutir a inexecutabilidade de título ou a iliquidez do crédito exequendo.

3. Versando a controvérsia responsabilidade de sócio por tributos devidos pela pessoa jurídica, a solução repousa no exame de provas.

4. Tratando-se de Firma Individual, a responsabilidade do sócio é ilimitada, o que, a fortiori, obsta a arguição de ilegitimidade passiva, mormente em se tratando de exceção de pré-executividade, onde não se admite dilação probatória.

5. Recurso Especial provido. (REsp n. 507.317-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 8.9.2003)

As assertivas desenvolvidas se amoldam ao caso em apreço.

Esse é o posicionamento que continuo a seguir, por entender ser o mais coerente.

Portanto, conheço dos embargos de divergência mas lhes nego provimento. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 287.515-SP (2000/0118409-1)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Lajes Junqueiropolis Ltda e outros
Advogado: Dirce Gonçalves
Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo
Procurador: Roberto Zular e outros

EMENTA

Processo Civil. Execução fiscal. Matéria de defesa: pré-executividade. Responsabilidade do sócio.

1. Em tese, a exceção de pré-executividade, consubstanciada na oposição de defesa na execução, sem o ajuizamento da ação incidental de embargos, é admitida por construção da doutrina e da jurisprudência.

2. O STJ aceita a exceção de pré-executividade nas execuções regidas pelo CPC quando a matéria argüida independe de prova e alveja de plano a liquidez e certeza do título em cobrança.

3. Aceitação ainda mais restrita em relação à execução fiscal, em razão da previsão contida no § 3º do art. 16 da LEF (Lei n. 6.830/1980).

4. Responsabilidade do sócio de sociedade que se extinguiu de fato é tema controvertido e que enseja indagações fáticas e exame de prova.

5. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora

DJ 29.4.2002

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Agravo de Instrumento. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Incidente interposto por sócios. Deferimento. Irrazoabilidade. Questão apreciável, adequadamente, em sede de embargos. Carência de ação. Prosseguimento da execução, com a inclusão dos sócios no pólo passivo. Insubsistência do despacho agravado. Recurso provido para esses fins, por maioria.

(fl. 106)

Alega a recorrente, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, que houve, além do dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 1º da Lei n. 6.830/1980, 568 e 596 do CPC, e 134 e 135 do CTN.

Após as contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Não conheço do especial em relação à letra **c** do permissivo constitucional, porque não caracterizado o dissídio jurisprudencial.

Também por ausência de prequestionamento não conheço do especial com respaldo na alínea **a** em relação aos arts. 596 do CPC, 134 do CTN e art. 1º da Lei n. 6.830/1980, tendo aplicação a Súmula n. 356-STF.

Pquestionados os arts. 568 do CPC e 135 do CTN, passo ao exame do recurso, que versa sobre interessante aspecto processual, sem referência legislativa clara, porém com suporte em estudos doutrinários e aceitação pelo direito pretoriano.

Com efeito, a exceção de pré-executividade é aceita, embora com cautela, pelos Tribunais porém, em sede de execução fiscal, sofre limitação expressa, visto que o § 3º do art. 16 da Lei de Execução Fiscal determina expressamente que a matéria de defesa deve ser argüida em embargos.

Doutrinariamente, tem-se entendido que, inobstante a sistemática processual só contemplar a via de embargos para oferecimento da defesa, comporta a regra exceções para permitir, sem embargos e sem penhora, alegar-se na execução:

a) matérias de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, tais como: pressupostos processuais, condições de ação e outros, chamando-se tais defesas de objeção de pré-executividade:

b) matérias argüidas pela parte, e que dispensam dilação probatória para serem examinadas e compreendidas, tais como: pagamento, decadência, retenção por benfeitorias e outros.

O certo é que a exceção de pré-executividade atende ao interesse público quanto a economia processual, desde que dispense dilação probatória.

A jurisprudência do STJ apresenta-se divergente, na medida em que se trate de execução de título extrajudicial regida pelo CPC ou de execução fiscal regida pela LEF. Lei n. 6.830/1980, que traz previsão específica no seu art. 16, como já visto.

Assim, temos arestos a favor da oposição de embargos em execução por título extrajudicial:

Civil e Processual. Execução por título extrajudicial. Seguro. Cobertura embargos. Alegação posterior de prescrição. Possibilidade. CC, art. 162. Prescrição parcial.

É possível alegar-se a prescrição em execução por título extrajudicial mesmo após o oferecimento de embargos que silenciam sobre o tema, aventado, contudo, ainda antes de proferida a sentença de 1º grau.

Prescrição incidente a lesão decorrente de acidente ocorrido em 1988, em face da natureza da lesão (amputação parcial de membro), cuja natureza evidenciava, por si só, o pleno conhecimento do segurado acerca da imediata incapacitação da sua capacidade laboral. Situação diversa no tocante à disacusia, eis que a documentação pretérita ao ajuizamento da ação, a par de não deixar indubitosa a ciência quanto à incapacidade, por não se conhecer o resultado da ação previdenciária antes movida pelo autor e os fatos subseqüentes, também foi rejeitada pela executada, que requereu a realização de perícia médica, no curso da presente demanda, para fins de constatação da lesão.

Recurso conhecido em parte e parcialmente provido. (REsp n. 260.470-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, maioria, DJ 30.4.2001)

Execução por título extrajudicial. Exceção de pré-executividade. Falta de liquidez, certeza e exigibilidade do título.

1. Não ofende a nenhuma regra do Código de Processo Civil o oferecimento da exceção de pré-executividade para postular a nulidade da execução (art. 618 do Código de Processo Civil), independentemente dos embargos de devedor.

2. Considerando o Tribunal de origem que o título não é líquido, certo e exigível, malgrado ter o exeqüente apresentado os documentos que considerou aptos, não tem cabimento a invocação do art. 616 do Código de Processo Civil.

3. Recurso especial não conhecido.

4. (REsp n. 160.107-ES, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, unânime, DJ 3.5.1999)

Entretanto, mesmo aceitando a possibilidade da exceção da pré-executividade, tem o Tribunal exigido que o óbice ao prosseguimento da execução seja capaz de plano, sem maiores indagações ou necessidade probatória, de afastar a liquidez e certeza do título em cobrança.

Desta forma, tem-se aceito a exceção sem embargos, mas com restrições, como bem demonstram os arestos a seguir transcritos:

Processo Civil. Execução. Exceção de pré-executividade. Admissibilidade. Hipóteses excepcionais. Precedentes. Doutrina. Requisitos. Inaplicabilidade ao caso. Agravo desprovido.

I - A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá, em princípio, nos casos em que o juízo, de ofício, pode conhecer da matéria, a exemplo do que se verifica a propósito da higidez do título executivo.

II - Suscitadas questões, no entanto, que dependeriam do exame de provas, e não dizem respeito a aspectos formais do título executivo, e nem poderiam ser conhecidas de ofício, não se mostra adequada a exceção de pré-executividade.

(AgRegAG n. 197.577-GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, unânime, DJ 5.6.2000)

Processo Civil. Execução. Exceção de pré-executividade. Admissibilidade. Hipóteses. Higidez do título executivo, matérias apreciáveis de ofício, verificação no caso concreto. Reexame de provas e interpretação de cláusula contratual. Recurso não conhecido.

I - A sistemática processual que rege a execução por quantia certa exige, via de regra, a segurança do juízo como pressuposto para o oferecimento de embargos do devedor.

II - A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá, em princípio, nos casos em que o juízo, de ofício, pode conhecer da matéria, a exemplo do que se verifica a propósito da higidez do título executivo.

III - Se a verificação dos requisitos formais do título executivo depende da análise de premissas de fato, como o reexame de provas e a interpretação de cláusulas contratuais, a apreciação do tema, na instância especial, atrita com a competência constitucionalmente reservada ao Superior Tribunal de Justiça (Enunciados n. 5 e 7 da Súmula-STJ).

IV - Não se vislumbra a apontada negativa de prestação jurisdicional, quando o órgão julgador não deixa de examinar qualquer ponto suscitado pela parte interessada.

V - A configuração do dissídio pretoriano, a ensejar recurso especial, depende da semelhança entre as situações táticas e da demonstração da divergência, na conformidade do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

(REsp n. 180.734-RN, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, unânime, DJ 2.8.1999)

Execução. Falta de liquidez. Nulidade (pré-executividade).

1. Admite-se a exceção, de maneira que é lícito argüir de nula a execução, por simples petição. A saber, pode a parte alegar a nulidade, independentemente de embargos, por exemplo. "Admissível, como condição de pré-executividade, o exame da liquidez, certeza e exigibilidade do Título a viabilizar o processo de execução" (REsp n. 124.364, DJ de 26.10.1998).

2. Mas não afeta a liquidez do título questões atinentes à capitalização, cumulação de comissão de permanência e correção monetária, utilização de determinado modelo de correção. Trata-se de matérias próprias dos arts. 741 e 745 do Cód. de Pr. Civil.

3. Podendo validamente opor-se à execução por meio de embargos, não é lícito se utilize da exceção.

4. Caso em que na origem se impunha, “para melhor discussão da dívida ou do título, a oposição de embargos, uma vez seguro o juízo da execução”. Inocorrência de afronta ao art. 618, I do Cód. de Pr. Civil. Dissídio não configurado.

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 18.195-RJ, Rel. Min. Nilson Naves, 3ª Turma, unânime, DJ 17.5.1999)

Se esta é a posição em relação às execuções por título extrajudicial regidas pelo CPC, com maior rigor é o tratamento jurisprudencial dispensado pelo STJ às execuções fiscais, diante do que dispõe o art. 16, § 3º da LEF. Veja-se a jurisprudência:

Civil e Processual Civil. Prescrição. Oportunidade para alegação.

Não obstante o artigo 162 do Código Civil permitir a alegação do fenômeno prescricional “em qualquer instância”. Há que compatibilizá-lo com as normas processuais. Inclusive com as que criam os ônus processuais para as partes.

A prescrição alegada em petição ou recurso intempestivo não pode ser conhecida. Como reflexo de direito pessoal, de cunho patrimonial. Reputa-se renunciado, se alegada fora do prazo.

A se aceitar a alegação em qualquer tempo, todo o sistema de prazos no processo teria que ser ignorado, quando houvesse prescrição envolvida. Ficando o credor à inteira merce do devedor.

Não se conhece da prescrição extemporaneamente argüida.

Recurso improvido. Por unanimidade.

(REsp n. 20.056-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, unânime, DJ 17.8.1992)

Processual Civil. Execução fiscal. Embargos. Prescrição. Argüição. Preclusão.

A alegação de prescrição somente pode ser formulada em sede de embargos, após seguro o juízo por regular penhora.

O artigo 162 do Código Civil não se aplica ao processo de execução fiscal que, regulado por lei especial, prevê o momento próprio para apresentação de defesa.

Recurso provido.

(REsp n. 178.353-RS, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, por maioria, DJ 10.5.1999)

Recurso especial. Processual Civil. Execução fiscal. ICMS. Alegação de prescrição. Momento para se alegar.

A norma prevista no art. 162 do Código Civil, apontado no aresto recorrido, deve ser compatibilizada com as normas processuais.

O citado dispositivo legal não se aplica à execução fiscal, que é regida por lei especial, a Lei n. 6.830/1980, a qual prevê o momento próprio para a apresentação de defesa. Segundo determinado pelo art. 16, parágrafo 2º da referida lei, o executado deverá alegar toda a matéria útil à defesa no prazo dos embargos.

A alegação de prescrição constitui matéria de defesa. Sendo assim, transcorrido *in albis* o prazo para oferecimento dos embargos, é defeso ao executado lançar mão de tal alegação.

Recurso a que se dá provimento.

(REsp n. 237.560-PB, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Turma, unânime, DJ 1º.8.2000)

A questão não é de somenos importância, visto que, se se distanciar o Direito pretoriano da lei, dificilmente teremos disciplina para o processamento da execução extrajudicial, cuja diretriz é a celeridade.

Dentro deste contexto, a regra doutrinária, que coincidentemente se alinha à LEF, art. 16, § 3º é no sentido de restringir-se a pré-executividade, ou seja, defesa sem embargos e sem penhora, às matérias de ordem pública, que podem e devem ser reconhecidas de ofício pelo julgador ou, em se tratando de nulidade do título, flagrante e evidente, cujo reconhecimento independa de contraditório ou dilação probatória.

Na espécie, não se tem dúvida de que o art. 568, inciso V, do CPC, ao atribuir ao responsável tributário a qualidade de sujeito passivo da execução, remete o interessado ao CTN que, por seu turno, determina no art. 135 serem pessoalmente responsáveis os sócios, mas restringe tal responsabilidade para as hipóteses de excesso de poder ou infração à lei, ao contrato ou aos estatutos.

A restrição, de caráter genérico, afasta as regras da responsabilidade objetiva do sócio gerente, mas não dispensa a prova de que não agiu o sócio com excesso de poder ou infringência à lei.

Ademais, na hipótese dos autos, temos mais um fator complicador: a sociedade executada extinguiu-se de fato, o que torna mais complicada a posição dos sócios como responsáveis.

Assim, e em conclusão, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.
É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 541.811-PR (2003/0048201-5)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Fazenda Nacional
Procurador: Marcelo Coletto Pohlmann e outros
Recorrente: S M Lar Utilidades Domésticas Ltda e outro
Advogado: Thaís Regina Mylius Monteiro e outros
Recorrido: Os mesmos

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento. Responsabilidade do sócio-gerente. Previsão (art. 135, III, do CTN). Exceção de pré-executividade. Pressupostos de cabimento. Dilação probatória. Inviabilidade. Embargos de declaração. Limites. Art. 535 do CPC. Precedentes.

1. Os embargos de declaração, consoante regramento do art. 535 do CPC, não se constituem meio adequado para provocar o reexame de matéria já apreciada.

2. A argüição da exceção de pré-executividade, com vistas a tratar de matérias de ordem pública em processo executivo fiscal, tais como condições da ação e pressupostos processuais, somente é cabível quando não se afigure necessária, para tal mister, a dilação probatória.

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

4. Jurisprudência consolidada na Primeira Seção do STJ.

5. Recurso especial da Fazenda conhecido a que se nega provimento e recurso especial da S. M. Lar Utilidades Domésticas e Outra conhecido, porém não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento a ambos os recursos nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente justificadamente o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 22 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 16.8.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recursos especiais interpostos pela Fazenda Nacional e por S. M. Lar Utilidades Domésticas Ltda. e Outra, ambos com espeque na alínea **a** do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que restou consolidado nos termos a seguir:

Agravo de instrumento. Exceção de pré-executividade. Redirecionamento da execução contra os sócios. Necessidade de prova de atuação dolosa ou culposa. CTN, art. 135, III. Taxa Selic. Redução de multa.

1. Inexistência de interesse recursal à empresa executada, porquanto encerrada suas atividades, cabendo tão-somente a pessoa quem se pretende redirecionar o feito a impugnação da providência, mesmo porque já escoado o prazo de defesa da pessoa jurídica.

2. Para que a execução seja redirecionada contra o sócio-gerente ou diretor, com fulcro no art. 135, III, do CTN, deve o exequente comprovar que o não

recolhimento do tributo resultou da atuação dolosa ou culposa destas pessoas, que, com o seu procedimento, causaram violação à lei, ao contrato, ou ao estatuto.

3. Embora o art. 16, § 3º, da Lei n. 6.380/1980 vede expressamente a exceção de pré-executividade, a jurisprudência do STJ tem possibilitado seu conhecimento, obedecidos os limites das matérias que podem ser objeto de arguição, como, no caso em tela, questões relativas à ilegitimidade passiva.

4. Com a edição da Lei n. 9.250/1995, mais precisamente o § 4º do art. 39, restou revogado, a partir de 1º de janeiro de 1996, o art. 167, § único, do CTN, fazendo com que, na compensação e na restituição de tributos, serão juros equivalentes à taxa Selic, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido, sem qualquer óbice de natureza constitucional, uma vez que tal matéria não está reservada a lei complementar, o que se percebe prontamente na leitura do inc. III, do art. 146, da constituição de outubro de 1988.

5. Alegações referentes a excesso de execução, tais como o montante titulado à multa, não justificam o cabimento da exceção de pré-executividade.

6. Agravo de instrumento parcialmente provido (fl. 106).

Opostos os respectivos embargos de declaração, a decisão que os julgou definiu-se conforme ementa abaixo:

Embargos de declaração. Efeitos infringentes. Impossibilidade. Prequestionamento.

1. Não se admite, em sede de embargos de declaração, a reapreciação da lide, sendo cabível a sua análise, com caráter infringente, tão-somente em situações excepcionais, o que não é o caso de ambos.

2. Embargos acolhidos parcialmente para efeito de prequestionamento (fl. 121).

Sustenta a Fazenda Nacional violação dos arts. 458, III, e 535, II, do Estatuto Processual Civil e negativa de vigência aos arts. 135, III, do Código Tributário Nacional.

Por sua vez, alegam S. M. Lar Utilidades Domésticas Ltda. e Outra contrariedade aos arts. 535, 669 do Código de Processo Civil e 16, III, da Lei n. 6.830/1980.

Com as contra-razões às fls. 152 e 153-168, e resultando positivo o juízo de admissibilidade, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator):

- Recurso da Fazenda Nacional

O apelo não reúne condições de êxito.

Preliminarmente, afasto a argüição de ofensa ao art. 535, II, do CPC, visto que o Tribunal *a quo* examinou e decidiu, fundamentadamente, as questões ventiladas pela Fazenda Nacional, não se verificando, assim, nenhum vício que possa nulificar o acórdão recorrido.

A rigor, a pretensão exposta nos embargos de declaração cingiu-se ao mero reexame da matéria já apreciada pelo Órgão colegiado, o que é incompatível com a natureza dos aclaratórios, conforme exemplifica, entre inúmeros precedentes desta Corte, o seguinte aresto:

Processual Civil. Embargos de declaração. Ausência de indicação de qualquer dos vícios previstos no art. 535 do CPC. Inadmissibilidade do recurso.

1. Os embargos de declaração têm como requisito de admissibilidade a indicação de algum dos vícios previstos no art. 535 do CPC, constantes do decisum embargado, não podendo ser conhecidos quando o embargante visa, unicamente, ao “reexame em substância da matéria julgada”.

2. Embargos de declaração não conhecidos (EDcl nos EDcl no REsp n. 400.600-SC, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 17.3.2003).

Quanto ao tema meritório, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a imputação da responsabilidade prevista no art. 135, inciso III, do CTN não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à comprovação das demais condutas nele descritas: prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Destarte, não há que se falar em responsabilidade objetiva.

Nesse diapasão, prevalece a diretriz jurisprudencial das Turmas da Primeira Seção deste Tribunal, segundo se extrai dos recentes julgados abaixo:

Processo Civil e Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento para o sócio-gerente. Impossibilidade.

1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que

este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.

2. Precedentes da Corte.

3. O não pagamento do tributo, por si só, não se constitui causa justificativa do redirecionamento, atual ou futuro, da execução fiscal para o sócio-gerente.

4. Agravo Regimental desprovido (AgRg no REsp n. 586.020-MG, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 31.5.2004).

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento. Citação na pessoa do sócio-gerente. Responsabilidade pessoal pelo inadimplemento da obrigação tributária da sociedade. Art. 135, III, do CTN.

1. Em matéria de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, é necessário fazer a distinção entre empresa que se dissolve irregularmente daquela que continua a funcionar.

2. Em se tratando de sociedade que se extingue irregularmente, cabe a responsabilidade dos sócios, os quais podem provar não terem agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder.

3. Não demonstrada a dissolução irregular da sociedade, a prova em desfavor do sócio passa a ser do exequente (inúmeros precedentes).

4. Nesse caso, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o sócio somente pode ser pessoalmente responsabilizado pelo inadimplemento da obrigação tributária da sociedade se agiu dolosamente, com fraude ou excesso de poderes.

5. A comprovação da responsabilidade do sócio é imprescindível para que a execução fiscal seja redirecionada, mediante citação do mesmo.

6. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 570.096-SC, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 10.5.2004).

- Recurso da S. M. Lar Utilidades Domésticas Ltda. e Outra

A postulação não se apresenta viável.

Resta prejudicada, de igual modo, a arguição de contrariedade ao art. 535 da Lei Adjetiva Civil, pois a Corte de origem se manifestou de forma consentânea e suficientemente sobre as questões desenvolvidas nos presentes autos, conforme se depreende do voto-condutor do r. acórdão hostilizado, que bem delineou a conclusão constante da ementa transcrita no relatório acima.

Com efeito, embora a sistemática processual estabeleça que a oposição dos embargos constitui-se via própria para o oferecimento de defesa nas ações

de execução, a orientação jurisprudencial do STJ vem admitindo a argüição da exceção de pré-executividade no que concerne a matérias de ordem pública na ação executiva, tais como: condições da ação e pressupostos processuais, desde que não se afigure necessário, para tal mister, a dilação probatória.

Confrimam-se, por oportuno, os recentíssimos julgados abaixo:

Processual. Agravo regimental. Recurso especial. Exceção de pré-executividade. Necessidade de exame de provas. Impossibilidade.

I - A exceção de pré-executividade revela-se incabível nas hipóteses em que exsurge a necessidade de exame aprofundado das provas no sentido de confirmar a ausência de responsabilidade das agravantes no tocante à gerência da sociedade.

II - Nos termos do art. 16, § 3º, da Lei n. 6.830/1980, toda matéria de defesa, a ser examinada sob o crivo do contraditório, tem que ser deduzida em sede de embargos à execução.

III - Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 536.505-RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 17.5.2004).

Tributário. Processual Civil. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Argüição de ilegitimidade passiva. Extenso revolvimento de provas. Impossibilidade.

1. A possibilidade de verificação de plano, sem necessidade de dilação probatória, delimita as matérias passíveis de serem deduzidas na exceção de pré-executividade, independentemente da garantia do juízo.

2. Não se admite a argüição de ilegitimidade passiva ad causam por meio de exceção de pré-executividade quando sua verificação demandar extenso revolvimento de provas.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp n. 604.257-MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 24.5.2004).

Na hipótese destes autos, a parte ora recorrente, irresignada com a rejeição da exceção de pré-executividade, suscita o seguinte:

(...)

- a) Preliminarmente - da não responsabilidade da sócia pelas dívidas da empresa executada;
- b) Da legitimidade para a oposição da presente exceção de pré-executividade;
- c) Da inaplicabilidade da taxa Selic aos tributos - nulidade da certidão de dívida ativa;

d) Da multa moratória aplicada em excesso - nulidade da certidão da dívida ativa; (fl. 145).

Envolvendo o pleito, em conseqüência, questões que requerem a necessária incursão em elementos factuais de prova, cognoscíveis, portanto, via embargos à execução fiscal, forçoso é reconhecer que se revela inviável o excepcional manejo da exceção de pré-executividade, razão por que não merece prosperar o apelo.

Ante o exposto, *conheço do recurso especial da Fazenda, ao qual nego provimento, e, conhecendo do especial da S. M. Lar Utilidades Domésticas e Outra, também nego-lhe provimento.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.104.900-ES (2008/0274357-8)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Wilson Valadão de Azevedo e outro

Advogado: Samir Furtado Nemer e outro(s)

Recorrido: Estado do Espírito Santo

Procurador: Antônio José Ferreira Abikair e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. *Recurso especial submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC.* Execução fiscal. Inclusão dos representantes da pessoa jurídica, cujos nomes constam da CDA, no pólo passivo da execução fiscal. Possibilidade. Matéria de defesa. Necessidade de dilação probatória. Exceção de pré-executividade. Inviabilidade. Recurso especial desprovido.

1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos “com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.

2. Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.

3. Contudo, no caso concreto, como bem observado pelas instâncias ordinárias, o exame da responsabilidade dos representantes da empresa executada requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria (embargos à execução), e não por meio do incidente em comento.

4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c.c. a Resolução n. 8/2008 - Presidência/STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: A Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki e Castro Meira votaram com a Sra. Ministra Relatora. Compareceu à sessão o Dr. André Luis Garoni de Oliveira, pelo recorrido.

Brasília (DF), 25 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJe 1º.4.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo cuja ementa é a seguinte:

Agravo inominado em agravo de instrumento. Execução fiscal. Responsabilidade de sócio cujo nome consta da CDA. Decisão monocrática mantida. Recurso improvido.

1 - Conforme se extrai da jurisprudência arquitetada no âmbito do colendo STJ, “(...) A indicação, na Certidão de Dívida Ativa, do nome do responsável ou do co-responsável (Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 5º, I; CTN, art. 202, I), confere ao indicado a condição de legitimado passivo para a relação processual executiva (CPC, art. 568, I), mas não confirma, a não ser por presunção relativa (CTN, art. 204), a existência da responsabilidade tributária, matéria que, se for o caso, será decidida pelas vias cognitivas próprias, especialmente a dos embargos à execução. (...)” (REsp n. 803.314-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, 21.3.2006, DJ 3.4.2006, p. 292).

2 - Correta, pois, a decisão de singela instância que indeferiu a exceção de pré-executividade oposta pelos recorrentes, cujos nomes constam da CDA.

3 - Decisão unipessoal do Relator que se mantém, com conseqüente improvimento do recurso. (fl. 13)

No recurso especial, interposto com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, os recorrentes apontam, além de divergência jurisprudencial, ofensa ao art. 135 do CTN, alegando, em síntese, que: (a) a norma estadual admite a inclusão “automática” do nome do responsável tributário na certidão de dívida ativa, o que caracteriza “responsabilidade tributária objetiva” (fl. 26); (b) a imputação de responsabilidade aos representantes da pessoa jurídica, na forma prevista no art. 135, III, do CTN, requer a comprovação da prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto; (c) havendo prova pré-constituída que demonstra a ilegalidade da inclusão do nome do responsável tributário na certidão de dívida ativa, é viável a utilização da exceção de pré-executividade.

Em suas contra-razões, o *Estado do Espírito Santo* argumenta que: (a) é inviável o conhecimento do recurso especial, tendo em vista os óbices das Súmulas n. 280-STF e 7-STJ; (b) o Superior Tribunal de Justiça “pacificou o entendimento acerca da responsabilidade dos sócios das sociedades empresárias cujos nomes se encontram lançados nas certidões de dívida ativa” (fl. 41).

O recurso foi admitido na forma do art. 543-C, § 1º, do CPC.

A decisão de fl. 49 determinou o processamento do recurso na forma do art. 543-C do CPC, c.c. a Resolução n. 8/2008 - Presidência/STJ.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer de fls. 119-123, argumenta que:

Após exarada CDA com o nome do sócio figurando como principal responsável tributário ou mesmo co-responsável, resta definida a presunção *juris tantum* de liquidez e certeza da referida certidão. Assim, impõe ao sócio o ônus de provar que não estão presentes qualquer das situações previstas no artigo 135 do CTN. Precedentes do STJ.

A exceção de pré-executividade comporta exame de prova, desde que pré-constituída. Não se admite, no entanto, via exceção, dilação probatória. Precedentes.

Parecer pela aplicação do preceito aos casos repetitivos e não provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): A pretensão recursal não merece acolhida.

A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos “com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.

No mesmo sentido:

Tributário. Embargos de divergência. Art. 135 do CTN. Responsabilidade do sócio-gerente. Execução fundada em CDA que indica o nome do sócio. Redirecionamento. Distinção.

1. Iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se a Fazenda Pública, ao propor a ação, não visualizava qualquer fato capaz de estender a responsabilidade ao sócio-gerente e, posteriormente, pretende voltar-se também contra o seu patrimônio, deverá demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade.

2. Se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, a este compete o ônus da prova, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c.c. o art. 3º da Lei n. 6.830/1980.

3. *Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio-gerente na CDA como co-responsável tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete igualmente ao sócio, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa.*

4. Na hipótese, a execução foi proposta com base em CDA da qual constava o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário, do que se conclui caber a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN.

5. Embargos de divergência providos.

(REsp n. 702.232-RS, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 26.9.2005 - sem grifo no original)

Tributário. Processual Civil. Execução fiscal. Redirecionamento contra sócio-gerente que figura na Certidão de Dívida Ativa como co-responsável. Possibilidade. Distinção entre a relação de direito processual (pressuposto para ajuizar a execução) e a relação de direito material (pressuposto para a configuração da responsabilidade tributária).

1. Não se pode confundir a relação processual com a relação de direito material objeto da ação executiva. Os requisitos para instalar a relação processual executiva são os previstos na lei processual, a saber, o inadimplemento e o título executivo (CPC, artigos 580 e 583). Os pressupostos para configuração da responsabilidade tributária são os estabelecidos pelo direito material, nomeadamente pelo art. 135 do CTN.

2. *A indicação, na Certidão de Dívida Ativa, do nome do responsável ou do co-responsável (Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 5º, I; CTN, art. 202, I), confere ao indicado a condição de legitimado passivo para a relação processual executiva (CPC, art. 568, I), mas não confirma, a não ser por presunção relativa (CTN, art. 204), a existência da responsabilidade tributária, matéria que, se for o caso, será decidida pelas vias cognitivas próprias, especialmente a dos embargos à execução.*

3. É diferente a situação quando o nome do responsável tributário não figura na certidão de dívida ativa. Nesses casos, embora configurada a legitimidade passiva (CPC, art. 568, V), caberá à Fazenda exequente, ao promover a ação ou ao requerer o seu redirecionamento, indicar a causa do pedido, que há de ser uma das situações, previstas no direito material, como configuradoras da responsabilidade subsidiária.

4. No caso, havendo indicação dos co-devedores no título executivo (Certidão de Dívida Ativa), é viável, contra os sócios, o redirecionamento da execução. Precedente: REsp n. 702.232-RS, 1ª Seção, Min. Castro Meira, DJ de 16.9.2005.

5. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 900.371-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 2.6.2008 - sem grifo no original)

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Sócio-gerente. Redirecionamento. CDA. Presunção de liquidez e certeza. Inscrição do nome do sócio. Divergência jurisprudencial configurada. Precedentes.

- Se os sócios têm seus nomes inscritos, juntamente com a empresa executada, na Certidão de Dívida Ativa - CDA, que possui presunção de certeza e liquidez, cabe a eles provarem, por meio de embargos à execução, que não agiram com excesso de mandato, infringência à lei ou ao contrato social.

- Recurso especial conhecido, mas improvido.

(REsp n. 750.581-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 7.11.2005 - sem grifo no original)

Processo Civil. Execução fiscal. Certidão de Dívida Ativa. Responsabilização pessoal do sócio-gerente da empresa. Hipótese que se difere do redirecionamento da execução. Necessidade de provar o exeqüente que o sócio agiu com dolo ou má-fé.

1. Pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o sócio somente pode ser pessoalmente responsabilizado pelo inadimplemento da obrigação tributária da sociedade se agiu dolosamente, com fraude ou excesso de poderes.

2. A CDA é documento que goza da presunção de certeza e liquidez de todos os seus elementos: sujeitos, objeto devido, e quantitativo. Não pode o Judiciário limitar o alcance dessa presunção.

3. *Decisão que vulnera o art. 3º da LEF, ao excluir da relação processual o sócio que figura na CDA, a quem incumbe provar que não agiu com dolo, má-fé ou excesso de poderes nos embargos à execução.*

4. Hipótese que difere da situação em que o exeqüente litiga contra a pessoa jurídica e no curso da execução requer o seu redirecionamento ao sócio-gerente. Nesta circunstância, cabe ao exeqüente provar que o sócio-gerente agiu com dolo, má-fé ou excesso de poderes.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(REsp n. 704.014-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 3.10.2005 - sem grifo no original)

Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.

Contudo, no caso concreto, como bem observado pelas instâncias ordinárias, o exame da responsabilidade dos representantes da empresa executada requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria (embargos à execução), e não por meio do incidente em comento.

Sobre o tema:

Tributário e Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Prescrição. Análise da situação fática. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

1. A oposição de exceção de pré-executividade é possível quando alegada a ocorrência da prescrição dos créditos executivos, desde que a matéria tenha sido aventada pela parte, e que não haja a necessidade de dilação probatória.

(...)

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 987.231-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.2.2009)

Recurso especial. Processual Civil. Agravo regimental que não ataca os fundamentos da decisão agravada. Incidência do Enunciado da Súmula n. 182-STJ. Ilegitimidade do sócio-gerente. Dilação probatória. Exceção de pré-executividade. Não-cabimento.

(...)

2. Havendo necessidade de dilação probatória, não é possível apreciar a questão da ilegitimidade passiva em exceção de pré-executividade, como de fato constatou o acórdão recorrido.

3. Agravo regimental não-conhecido.

(AgRg no REsp n. 778.467-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 6.2.2009)

Processual Civil. Tributário. Agravo regimental. Art. 545 do CPC. Recurso especial. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Dilação probatória. Inadmissibilidade. Alegação de nulidade da Certidão de Dívida Ativa. Rediscussão de matéria fático-probatória. Súmula n. 7-STJ.

1. A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação executiva.

2. O espectro das matérias suscetíveis através da exceção tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se a arguição de prescrição e decadência, desde que não demande dilação probatória (exceção *secundum eventus probationis*).

(...)

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 1.060.318-SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 17.12.2008)

Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Redirecionamento contra sócio gerente cujo nome figura na CDA. Possibilidade. Exceção de pré-executividade. Necessidade de dilação probatória.

I - Este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a aferição da legitimidade passiva, para a execução, do sócio cujo nome consta da CDA, depende de dilação probatória, o que desautoriza o uso da exceção de pré-executividade, devendo a matéria ser apreciada por meio de embargos do devedor. Precedentes: AgRg no Ag n. 801.392-MG, Relator Ministro Herman Benjamin, DJ de 7.2.2008; AgRg no REsp n. 751.333-RJ, Relator Ministro Humberto Martins, DJ de 27.2.2007 e AgRg no Ag n. 748.254-RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 14.12.2006.

(...)

IV - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.049.954-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 27.8.2008)

Diante do exposto, deve ser desprovido o recurso especial.

Por se tratar de recurso submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, determina-se a expedição de ofício aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, com cópia do acórdão devidamente publicado, para os fins previstos no art. 543-C, § 7º, do CPC, bem como à Presidência desta Corte, para a providência prevista no art. 5º, II, da Resolução n. 8/2008 - Presidência/STJ.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.110.925-SP (2009/0016209-8)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Luciana Bueno de Arruda da Quinta e outro(s)

Recorrido: Eduardo Lima da Costa

Advogado: Renata Quintela Tavares Rissato e outro(s)

EMENTA

Tributário. Execução fiscal sócio-gerente cujo nome consta da CDA. Presunção de responsabilidade. Ilegitimidade passiva arguida em exceção de pré-executividade. Inviabilidade. Precedentes.

1. A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.

2. Conforme assentado em precedentes da Seção, inclusive sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp n. 1.104.900, Min. Denise Arruda, sessão de 25.3.2009), não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa - CDA. É que a presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, demonstração essa que, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução.

3. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de abril de 2009 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 4.5.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, julgando agravo de instrumento de decisão que indeferira exceção de pré-executividade de sócio que pleiteava sua exclusão do pólo passivo da execução fiscal movida contra a sociedade, decidiu:

Processual Civil e Tributário: execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Exclusão de sócios. Pólo passivo. Responsabilidade subsidiária. Agravo provido.

I - De início, a exceção de pré-executividade, conforme resta pacífico entendimento na doutrina e na jurisprudência, é cabível nas hipóteses em que a matéria objeto de defesa pelo executado seja de ordem pública, correspondendo às condições da ação e podendo ser conhecida de ofício pelo juiz.

II - A ilegitimidade passiva, incluída entre as condições da ação, portanto, pode ser argüida em sede de exceção de pré-executividade, desde de que não demande dilação probatória, como nos autos em questão.

III - A responsabilidade solidária frente aos débitos previdenciários da empresa, descrita no art. 13 da Lei n. 8.620/1993, aplica-se somente nos casos em que se verifique dolo ou culpa no inadimplemento, conforme preceituado no parágrafo único do dispositivo.

IV - Referida norma não deve ser interpretada isoladamente, mas em conjunto com o artigo 135 do Código Tributário Nacional, o qual prevê, em seu *caput*, que as pessoas indicadas somente serão pessoalmente responsáveis pelos débitos tributários resultantes de atos praticados com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato social ou estatuto.

V - Não cabe, no caso em questão, a responsabilização pessoal com base no simples inadimplemento da obrigação tributária, posto que a mesma não caracteriza infração legal se não estiver vinculada às demais condutas descritas no art. 135, do Código Tributário Nacional.

VI - Para que o mero inadimplemento configure infração à lei, mister observar se o débito exequendo originou-se de contribuições decorrentes dos salários dos empregados, nos termos do art. 20, da Lei n. 8.212/1991, com redação da Lei n. 9.032/1995, caso no qual são aplicáveis as hipóteses do art. 135, do CTN, o que não se verifica nos autos em questão.

VII - A empresa é a principal responsável pela obrigação ou débito perante o fisco. Na hipótese de infração à lei, independentemente do tipo societário adotado, a responsabilidade dos sócios e/ou administradores é subsidiária, de forma que a desconsideração da pessoa jurídica só deve operar-se nos casos

previstos em lei, e ainda se não houver patrimônio suficiente da empresa para solver os débitos.

VIII - Agravo provido (fls. 98-99).

Nas razões do recurso especial (fls. 103-109), fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, o recorrente aponta ofensa aos arts. 2º, § 5º, I, 3º e 4º, V, da Lei n. 6.830/1980, “que asseguram que a execução deva ser dirigida contra ‘responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado’” (fls. 104). Assevera que a certidão de dívida ativa (em que o sócio figura como responsável - fls. 53), goza de presunção de legitimidade, de modo que “a responsabilidade dos sócios é, ao menos, presumida, cabendo aos interessados demonstrar a situação fática que a exclui” (fl. 104), demonstração que deve ser feita em sede de embargos à execução, e não em exceção de pré-executividade. A divergência jurisprudencial escora-se em julgado desta Corte no qual se decidiu que “não cabe a exceção de pré-executividade para discutir a ilegitimidade passiva do sócio, mormente quando a imputação da responsabilidade prevista no art. 135, inciso III, do CTN demanda a produção de provas” (fl. 108). Pede provimento ao recurso para que seja “determinada a inclusão dos sócios no polo passivo do executivo fiscal” (fls. 109).

Nas contra-razões (fls. 124-128), o recorrido pugna pelo não conhecimento do recurso ante a ausência de prequestionamento da matéria trazida no recurso e, no mérito, pela manutenção do julgado.

O recurso foi admitido na origem sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008, o que foi confirmado pela decisão de fl. 138.

Ouvido o Ministério Público, seu parecer foi pelo improvimento do recurso especial (fls. 207-216).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Quanto às preliminares apontadas em contra-razões, houve o prequestionamento dos temas ventilados no recurso especial, conforme se observa das fls. 91, 94 e 96.

2. Situação análoga à dos autos foi decidida pela 1ª Seção, na assentada do dia 25.3.2009, no julgamento do REsp n. 1.104.900, Min. Denise Arruda, em acórdão assim ementado:

Processual Civil. Recurso especial submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC. Execução fiscal. Inclusão dos representantes da pessoa jurídica, cujos nomes constam da CDA, no pólo passivo da execução fiscal. Possibilidade. Matéria de defesa. Necessidade de dilação probatória. Exceção de pré-executividade. Inviabilidade. Recurso especial desprovido.

1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos *“com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”*.

2. Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.

3. Contudo, no caso concreto, como bem observado pelas instâncias ordinárias, o exame da responsabilidade dos representantes da empresa executada requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria (embargos à execução), e não por meio do incidente em comento.

Em seu voto, a Ministra relatora enfatizou:

A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos *“com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”*.

No mesmo sentido:

Tributário. Embargos de divergência. Art. 135 do CTN. Responsabilidade do sócio-gerente. Execução fundada em CDA que indica o nome do sócio. Redirecionamento. Distinção.

1. Iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se a Fazenda Pública, ao propor a ação, não visualizava qualquer fato capaz de estender a responsabilidade ao sócio-gerente e, posteriormente, pretende voltar-se também contra o seu patrimônio, deverá demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade.

2. Se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, a este compete o ônus da prova, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c.c. o art. 3º da Lei n. 6.830/1980.

3. Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio-gerente na CDA como co-responsável tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete igualmente ao sócio, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa.

4. Na hipótese, a execução foi proposta com base em CDA da qual constava o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário, do que se conclui caber a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN.

5. Embargos de divergência providos.

(REsp n. 702.232-RS, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 26.9.2005 - sem grifo no original)

Tributário. Processual Civil. Execução fiscal. Redirecionamento contra sócio-gerente que figura na Certidão de Dívida Ativa como co-responsável. Possibilidade. Distinção entre a relação de direito processual (pressuposto para ajuizar a execução) e a relação de direito material (Pressuposto para a configuração da responsabilidade tributária).

1. Não se pode confundir a relação processual com a relação de direito material objeto da ação executiva. Os requisitos para instalar a relação processual executiva são os previstos na lei processual, a saber, o inadimplemento e o título executivo (CPC, artigos 580 e 583). Os pressupostos para configuração da responsabilidade tributária são os estabelecidos pelo direito material, nomeadamente pelo art. 135 do CTN.

2. A indicação, na Certidão de Dívida Ativa, do nome do responsável ou do co-responsável (Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 5º, I; CTN, art. 202, I), confere ao indicado a condição de legitimado passivo para a relação processual executiva (CPC, art. 568, I), mas não confirma, a não ser por presunção relativa (CTN, art. 204), a existência da responsabilidade tributária, matéria que, se for o caso, será decidida pelas vias cognitivas próprias, especialmente a dos embargos à execução.

3. É diferente a situação quando o nome do responsável tributário não figura na certidão de dívida ativa. Nesses casos, embora configurada a legitimidade passiva (CPC, art. 568, V), caberá à Fazenda exequente, ao promover a ação ou ao requerer o seu redirecionamento, indicar a causa

do pedido, que há de ser uma das situações, previstas no direito material, como configuradoras da responsabilidade subsidiária.

4. No caso, havendo indicação dos co-devedores no título executivo (Certidão de Dívida Ativa), é viável, contra os sócios, o redirecionamento da execução. Precedente: EREsp n. 702.232-RS, 1ª Seção, Min. Castro Meira, DJ de 16.9.2005.

5. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 900.371-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 2.6.2008 - sem grifo no original)

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Sócio-gerente. redirecionamento. CDA. Presunção de liquidez e certeza. Inscrição do nome do sócio. Divergência jurisprudencial configurada. Precedentes.

- Se os sócios têm seus nomes inscritos, juntamente com a empresa executada, na Certidão de Dívida Ativa - CDA, que possui presunção de certeza e liquidez, cabe a eles provarem, por meio de embargos à execução, que não agiram com excesso de mandato, infringência à lei ou ao contrato social.

- Recurso especial conhecido, mas improvido.

(REsp n. 750.581-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 7.11.2005 - sem grifo no original)

Processo Civil. Execução fiscal. Certidão de Dívida Ativa. Responsabilização pessoal do sócio-gerente da empresa. Hipótese que se difere do redirecionamento da execução. Necessidade de provar o exeqüente que o sócio agiu com dolo ou má-fé.

1. Pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o sócio somente pode ser pessoalmente responsabilizado pelo inadimplemento da obrigação tributária da sociedade se agiu dolosamente, com fraude ou excesso de poderes.

2. A CDA é documento que goza da presunção de certeza e liquidez de todos os seus elementos: sujeitos, objeto devido, e quantitativo. Não pode o Judiciário limitar o alcance dessa presunção.

3. Decisão que vulnera o art. 3º da LEF, ao excluir da relação processual o sócio que figura na CDA, a quem incumbe provar que não agiu com dolo, má-fé ou excesso de poderes nos embargos à execução.

4. Hipótese que difere da situação em que o exeqüente litiga contra a pessoa jurídica e no curso da execução requer o seu redirecionamento ao sócio-gerente. Nesta circunstância, cabe ao exeqüente provar que o sócio-gerente agiu com dolo, má-fé ou excesso de poderes.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(REsp n. 704.014-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 3.10.2005 - sem grifo no original)

Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.

Contudo, no caso concreto, como bem observado pelas instâncias ordinárias, o exame da responsabilidade dos representantes da empresa executada requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria (embargos à execução), e não por meio do incidente em comento.

Sobre o tema:

Tributário e Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Prescrição. Análise da situação fática. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

1. A oposição de exceção de pré-executividade é possível quando alegada a ocorrência da prescrição dos créditos executivos, desde que a matéria tenha sido aventada pela parte, e que não haja a necessidade de dilação probatória.

(...)

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 987.231-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.2.2009)

Recurso especial. Processual Civil. Agravo regimental que não ataca os fundamentos da decisão agravada. Incidência do Enunciado da Súmula n. 182-STJ. Ilegitimidade do sócio-gerente. Dilação probatória. Exceção de pré-executividade. Não-cabimento.

(...)

2. Havendo necessidade de dilação probatória, não é possível apreciar a questão da ilegitimidade passiva em exceção de pré-executividade, como de fato constatou o acórdão recorrido.

3. Agravo regimental não-conhecido.

(AgRg no REsp n. 778.467-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 6.2.2009)

Processual Civil. Tributário. Agravo regimental. Art. 545 do CPC. Recurso especial. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Dilação probatória. Inadmissibilidade. Alegação de nulidade da Certidão de Dívida Ativa. Rediscussão de matéria fático-probatória. Súmula n. 7-STJ.

1. A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação executiva.

2. O espectro das matérias suscetíveis através da exceção tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se a arguição de prescrição e decadência, desde que não demande dilação probatória (exceção *secundum eventus probationis*).

(...)

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 1.060.318-SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 17.12.2008)

Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Redirecionamento contra sócio gerente cujo nome figura na CDA. Possibilidade. Exceção de pré-executividade. Necessidade de dilação probatória.

I - Este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a aferição da legitimidade passiva, para a execução, do sócio cujo nome consta da CDA, depende de dilação probatória, o que desautoriza o uso da exceção de pré-executividade, devendo a matéria ser apreciada por meio de embargos do devedor. Precedentes: AgRg no Ag n. 801.392-MG, Relator Ministro Herman Benjamin, DJ de 7.2.2008; AgRg no REsp n. 751.333-RJ, Relator Ministro Humberto Martins, DJ de 27.2.2007 e AgRg no Ag n. 748.254-RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 14.12.2006.

(...)

IV - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.049.954-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 27.8.2008)

Diante do exposto, deve ser desprovido o recurso especial.

3. Realmente, a exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória. A legitimidade das partes

é matéria conhecível de ofício, a qualquer tempo ou grau de jurisdição (CPC, art. 267, VI e § 3º), estando atendido, sob esse aspecto, o requisito de ordem material.

Todavia, não há como ver preenchido, no caso, o requisito formal. É que o executado, sócio da empresa devedora, figura como responsável na própria Certidão de Dívida Ativa - CDA (fls. 53), o que por si só o legitima como sujeito passivo da relação processual executiva, a teor do que dispõem o art. 568, I do CPC e o art. 4º, I da Lei n. 6.830/1980. Ora, conforme assentado no precedente citado e em outros no mesmo sentido proferidos pela 1ª Seção, a presunção de legitimidade assegurada à Certidão de Dívida Ativa - CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, demonstração essa que, por demandar prova, não se comporta no âmbito da exceção de pré-executividade. Ainda que coubesse à Fazenda Pública o ônus de demonstrar a legitimidade da CDA, quando negada pelo executado, não se poderia sonegar a ela a oportunidade de se desincumbir desse encargo, trazendo a juízo os fatos e provas que alicerçam a responsabilidade dos figurantes do título executivo. Em qualquer caso, - seja o ônus do executado, seja da Fazenda - a correspondente atividade probatória é incompatível com a exceção de pré-executividade, devendo ser promovida no âmbito dos embargos à execução.

4. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a decisão de primeiro grau. Tratando-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado:

(a) ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região (art. 6º da Resolução STJ n. 8/2008), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC;

(b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ n. 8/2008.

É o voto.



Súmula n. 394

SÚMULA N. 394 (*)

É admissível, em embargos à execução, compensar os valores de imposto de renda retidos indevidamente na fonte com os valores restituídos apurados na declaração anual.

Referências:

CPC, arts. 543-C e 741, VI.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no REsp	980.107-DF	(1ª T, 18.10.2007 – DJ 13.12.2007)
EDcl nos EREsp	963.216-DF	(1ª S, 27.08.2008 – DJe 08.09.2008)
EREsp	779.917-DF	(1ª S, 14.06.2006 – DJ 1º.08.2006)
EREsp	786.888-SC	(1ª S, 27.08.2008 – DJe 09.09.2008)
EREsp	829.182-DF	(1ª S, 25.04.2007 – DJ 14.05.2007)
EREsp	848.669-DF	(1ª S, 28.03.2007 – DJe 1º.09.2008)
REsp	778.110-DF	(2ª T, 11.04.2006 – DJ 25.04.2006)
REsp	854.957-DF	(2ª T, 23.10.2007 - DJ 26.11.2007)
REsp	1.001.655-DF	(1ª S, 11.03.2009 – DJe 30.03.2009)

(*) Republicado por ter saído com incorreção, do original, no Diário da Justiça Eletrônico de 7.10.2009, ed. 455.

Primeira Seção, em 23.9.2009. DJe 7.10.2009, ed. 455

(*) Rep. DJe 21.10.2009, ed. 464

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 980.107-DF
(2007/0196723-9)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Alexandre Pavie Ribeiro e outros

Advogado: Maria Edith Ferreira de Moraes Souza e outro(s)

Agravado: Fazenda Nacional

Procurador: Nilton Célio Locatelli e outro(s)

EMENTA

Embargos à execução. Excesso de execução. Compensação do imposto de renda retido na fonte com o valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Inocorrência. Comprovação do excesso. Súmulas n. 7-STJ e 282-STF.

I - Esta Corte tem entendimento no sentido da possibilidade da discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário, com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título, qual seja, imposto de renda sobre verbas indenizatórias, em execução fundada em título judicial.

II - Na hipótese, não há que se falar em preclusão, uma vez que a matéria afeita ao excesso de execução poderá ser verificada quando da apuração do *quantum debeatur*, na fase de liquidação de sentença, podendo ser alegada pela embargante, nos embargos à execução, qualquer questão impeditiva, modificativa e extintiva da obrigação, a teor do art. 741, inciso VI, do CPC. Precedentes: EREsp n. 779.917-DF, Rel. Min. *Eliana Calmon*, DJ de 1º.8.2006, REsp n. 829.182-DF, Rel. Min. *Francisco Falcão*, DJ de 19.6.2006, REsp n. 782.777-SC, Rel. Min. *João Otávio de Noronha*, DJ de 8.5.2006, REsp n. 778.110-DF, Rel. Min. *Castro Meira*, DJ de 25.4.2006, REsp n. 770.858-SC, Rel. Min. *Teori Albino Zavascki*, DJ de 3.4.2006 e REsp n. 742.242-DF, Rel. Min. *Luiz Fux*, DJ de 24.10.2005.

III - O exame, em autos de Recurso Especial, sobre a efetiva existência de valores restituídos esbarra nos enunciados das Súmulas

n. 7-STJ e 282-STF, pois não houve debate pelo aresto *a quo* sobre a questão.

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 (Presidente) e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 13.12.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto por *Alexandre Pavie Ribeiro e outros*, contra decisão por mim proferida às fls. 157-8, pela qual dei provimento ao recurso especial da ora agravada, entendendo que alegação acerca da compensação por parte dos contribuintes do imposto de renda retido na fonte, quando do ajuste anual da declaração de rendimentos, não está atingida pela preclusão, podendo a Fazenda Pública discuti-la em sede de embargos à execução.

Sustentam os agravantes que deveria a Fazenda Nacional suscitar as questões modificativas e extintivas do crédito tributário quando da apresentação da contestação, na fase de conhecimento, sendo que o ente administrativo já possuía todas as declarações de ajuste dos autores em tal momento. Afirmam que ocorreu a preclusão, por ter tal afirmativa sido suscitada somente na oposição de embargos à execução.

Alegam ainda que não houve prova da restituição, o que era indispensável à propositura dos embargos à execução.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): O presente agravo não merece prosperar.

Conforme ressaltei no *decisum* vergastado, esta Corte tem entendimento no sentido da possibilidade da discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário, com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título, qual seja, imposto de renda sobre verbas indenizatórias, em execução fundada em título judicial.

Sendo assim, não há que se falar em preclusão, uma vez que a matéria afeita ao excesso de execução poderá ser verificada quando da apuração do *quantum debeatur*, na fase de liquidação de sentença, podendo ser alegada pela embargante, nos embargos à execução, qualquer questão impeditiva, modificativa e extintiva da obrigação, a teor do art. 741, inciso VI, do CPC.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais, *litteris*:

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução. Imposto de renda. Verbas indenizatórias. Compensação dos valores indevidamente retidos na fonte com os valores apurados na declaração de ajuste anual.

1. É perfeitamente admissível a discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título, em execução fundada em título judicial. Interpretação do art. 741, VI, do CPC.

2. Diversos precedentes da Primeira e da Segunda Turmas.

3. Embargos de divergência improvidos (EREsp n. 779.917-DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 1º.8.2006, p. 364).

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução. Excesso de execução. Compensação do imposto de renda retido na fonte com o valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Inocorrência. Violação aos arts. 458 e 535 do CPC. Súmula n. 284-STF.

I - (*omissis*)

II - Esta Corte tem entendido no sentido da possibilidade da discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário, com

valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título, qual seja, imposto de renda sobre verbas indenizatórias, em execução fundada em título judicial.

III - Sendo assim, não há que se falar em preclusão, uma vez que a matéria afeita ao excesso de execução poderá ser verificada quando da apuração do *quantum debeatur*, na fase de liquidação de sentença, podendo ser alegada pela embargante, nos embargos à execução, qualquer questão impeditiva, modificativa e extintiva da obrigação, a teor do art. 741, inciso VI, do CPC. Precedentes: REsp n. 742.242-DF, Rel. Min. *Luiz Fux*, DJ de 24.10.2005 e REsp n. 603.441-DF, Rel. Min. *Eliana Calmon*, DJ 28.2.2005.

IV - Recurso especial provido (REsp n. 829.182-DF, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 19.6.2006, p. 129).

Processual Civil. Embargos à execução fiscal. Ausência de prequestionamento. Violação do artigo 535 do CPC não aduzida. Súmulas n. 211-STJ e 282-STF. Inexistência de ofensa à coisa julgada. Precedentes.

1. Para conhecimento do recurso especial com base em violação de preceito de lei federal, é necessário que o acórdão recorrido tenha enfrentado as disposições tidas por violadas.

2. Eventual omissão da Corte Regional a respeito de questão tida, a critério da parte, como de relevância para o correto desate da lide enseja a oposição de embargos declaratórios visando a correção da suposta irregularidade. A persistir o vício, caberá à parte interpor recurso especial com base em violação do art. 535 do CPC, sob pena de não-conhecimento do apelo.

3. "É perfeitamente admissível a discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título, em execução fundada em título judicial. Interpretação do art. 741, VI, do CPC" (REsp n. 603.441-DF, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 28.2.2005).

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (REsp n. 782.777-SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 8.5.2006, p. 186).

Tributário e Processual Civil. Imposto de renda. Embargos à execução. Sentença. Trânsito em julgado após vigência da Lei n. 9.250/1995. Taxa Selic. Descabimento. Excesso de execução. Art. 741, V e VI do CPC.

1. (*omissis*)

2. O suposto excesso de execução - ao argumento de que parte dos valores em execução já teria sido objeto de restituição quando da declaração de ajuste anual de Imposto de Renda dos autores -, pode ser aventado em embargos (art. 741, V e VI, do CPC). Inexistência de preclusão.

3. Recurso especial de Maria Newman Galvão Alves e outros improvido.

Recurso especial da Fazenda Nacional provido (REsp n. 778.110-DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 25.4.2006, p. 114).

Processual Civil e Tributário. Imposto de renda. Regime tributário das indenizações. Pagamento de adicional de 1/3 sobre férias indenizadas. Prescrição. Prazo para repetição do indébito. Matéria pacificada. Imposto de renda retido na fonte. Desnecessidade de comprovação pelo contribuinte de que não houve dedução nos recolhimentos nas declarações anuais de ajuste. Fato extintivo do direito do autor. Ônus da prova. Orientação sedimentada em ambas as Turmas da 1ª Seção. Embargos à execução. Alegação de cumprimento parcial da obrigação objeto da sentença exequênda. Possibilidade. Inexistência de preclusão. Precedente.

(...)

8. No que diz respeito ao imposto de renda retido na fonte, é dominante o entendimento segundo o qual é desnecessária a comprovação pelo autor, mediante a juntada das declarações anuais de ajuste, da não-realização de compensação das quantias indevidamente retidas, fato extintivo do direito, cuja alegação e prova incumbe à Fazenda.

9. O art. 741, VI, do CPC considera ser matéria suscetível de embargos à execução qualquer fato superveniente à sentença que importe a satisfação, parcial ou integral, da obrigação objeto da sentença exequênda. Conforme assentado em precedente análogo, "há excesso de execução quando a parte pretende executar quantia superior à dívida, assim, considerado o quantum que despreza a imputação em pagamento. *In casu*, a sentença exequênda declarou o direito à restituição do imposto de renda outrora incidente sobre verbas indenizatórias percebidas pelos ora recorrentes sem, contudo, fixar valores que só vieram à tona com a liquidação da sentença" (REsp n. 742.242-DF, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 24.10.2005). [REsp n. 791.245, 1ª T., Min. Teori Zavascki, julgado em 2.2.2006].

10. Recursos especiais dos autores e da União desprovidos. (REsp n. 770.858-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 3.4.2006, p. 267).

Processual Civil e Tributário. Imposto de renda. Embargos à execução. Alegação de ausência de dedução de quantia retida na fonte e já restituída por conta de declaração de ajuste anual. Ausência de possibilidade. Preclusão consumativa.

1. A repetição do indébito desconsiderada a restituição de imposto de renda supostamente não abatida do *quantum* exequêndo, configura excesso de execução (art. 741, V, do CPC). Com efeito, incorre em excesso quando se pretende executar quantia superior aquela constante do título. Nesse sentido, é assente na doutrina que: O excesso de execução (art. 741, 1ª parte) está definido no art. 743. A primeira hipótese corresponde, efetivamente, ao significado da palavra excesso. "Há excesso de execução", diz o Código, "quando o credor pleiteia quantia

superior à do título” (art. 743, I). Nesse caso, se a única alegação dos embargos foi essa, temos uma hipótese de embargos “parciais”, de modo que, de acordo com o art. 739, § 2º, o processo de execução poderá prosseguir quanto à parte não embargada (ARAKEN DE ASSIS e EDSON RIBAS MALACHINI, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, volume 10, Ed. Revista dos Tribunais, p. 563).

2. Há excesso de execução quando a parte pretende executar quantia superior à dívida, assim, considerado o quantum que despreza a imputação em pagamento. *In casu*, a sentença exequenda declarou o direito à restituição do imposto de renda outrora incidente sobre verbas indenizatórias percebidas pelos ora recorrentes sem, contudo, fixar valores que só vieram à tona com a liquidação da sentença.

3. É assente na doutrina que, em sendo a última oportunidade de suscitar a matéria, porquanto impossível de deduzi-la noutra processo, a exceção é tema do embargos da executada.

4. Não obstante o art. 741, VI, do CPC dispunha que causas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do direito do autor sejam alegadas em sede de embargos à execução quando supervenientes à sentença, a exegese do dispositivo não desconsidera o ato decisório da liquidação que, complementando a condenação, é passível de objeção em embargos, máxime com a eliminação da liquidação por cálculo (precedente: REsp n. 155.037-RJ, Relator Ministro *Ruy Rosado de Aguiar*, 4ª Turma, DJ 19 de fevereiro de 1998).

5. Recurso especial provido (REsp n. 742.242-DF, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 24.10.2005, p. 207).

Quanto à efetiva existência de valores restituídos, esta questão não foi debatida pelo aresto *a quo*, de modo que seu exame esbarra nos Enunciados das Súmulas n. 7-STJ e 282-STF.

Tais as razões expendidas, *nego provimento* ao presente agravo regimental.

É o voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA
EM RECURSO ESPECIAL N. 963.216-DF (2008/0107618-2)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Embargante: Ivany de Nazaré Rodrigues da Silva e outros

Advogado: Renata Rodrigues Moreira e Silva e outro(s)

Embargado: Fazenda Nacional

Procuradores: Claudio Xavier Seefelder Filho e outro(s)

Flávio Luiz Wenceslau Biriba dos Santos e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Embargos à execução. Alegação de cumprimento parcial da obrigação objeto da sentença exequenda. Excesso de execução. Possibilidade. Inexistência de preclusão.

1. O art. 741, VI do CPC considera ser matéria suscetível de embargos à execução qualquer fato superveniente à sentença que importe a satisfação, parcial ou integral, da obrigação objeto da sentença exequenda. Conforme assentado em precedente análogo, “há excesso de execução quando a parte pretende executar quantia superior à dívida, assim, considerado o *quantum* que despreza a imputação em pagamento. *In casu*, a sentença exequenda declarou o direito à restituição do imposto de renda outrora incidente sobre verbas indenizatórias percebidas pelos ora recorrentes sem, contudo, fixar valores que só vieram à tona com a liquidação da sentença” (REsp n. 742.242-DF, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, DJ de DJ 24.10.2005).

2. Eventual abatimento do indébito mediante declaração anual de ajuste constitui causa superveniente modificativa da obrigação objeto da sentença condenatória (de restituir valores indevidamente retidos na fonte). Tal matéria se comporta no âmbito dos embargos à execução.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental e, como tal, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, receber os embargos de declaração como agravo regimental e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro

Campbell Marques, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 8.9.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de embargos de declaração (fls. 216-218) contra decisão que deu provimento aos embargos de divergência de iniciativa da Fazenda Nacional sob o fundamento de que “é possível invocar, em embargos à execução, a satisfação parcial da obrigação, ante a dedução das parcelas eventualmente restituídas aos embargados mediante declaração de ajuste anual de Imposto de Renda.” (fl. 011).

Aduzem os embargantes que não foram apreciados os argumentos lançados nas contra-razões do recurso especial quanto à (a) preclusão decorrente da falta de interposição de agravo da decisão de primeiro grau que “determinou a remessa dos autos à Contadoria ‘não considerando os valores abatidos no IR’” (fl. 216); (b) ausência de prova de que os exequêntes já receberam parcela do crédito reclamado, conforme já reconhecido pelo acórdão regional.

Requerem seja sanado o vício indicado, conferindo-se efeitos modificativos aos presentes embargos, a fim de se declarar a ausência de prova nos autos de que os valores os quais se pretende compensar já foram restituídos.

Tendo em vista o seu conteúdo - de reforma da decisão embargada - recebo os embargos de declaração como agravo regimental e, como tal, submeto-o à consideração da Seção.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. A decisão ora atacada não merece reforma. O despacho de fl. 27 que determinou o envio dos autos à Contadoria para cálculo, “não considerando os valores abatidos no IR”, não

tem o condão de operar a preclusão da matéria debatida nos embargos de divergência, pois a questão referente à possibilidade de compensação de valores de imposto de renda indevidamente retidos na fonte com valores apurados na declaração de ajuste anual foi objeto dos embargos à execução ajuizados pela Fazenda Nacional e somente restou definitivamente apreciada na primeira instância pela sentença de fls. 52-54.

Ademais, reconhecido que a matéria concernente a eventual abatimento do indébito mediante declaração anual de ajuste pode ser suscitada em embargos à execução, restou expressamente consignado no acórdão embargado que os autos retornarão ao Tribunal *a quo* para que seja apreciada a alegação da União e, por conseqüência, se há prova do alegado, não havendo qualquer omissão a ensejar a nulidade do julgado. Portanto, não há falar em reparos na decisão, pelo que se reafirma o seu teor:

2. É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que é possível invocar, em embargos à execução, a satisfação parcial da obrigação, ante a dedução das parcelas eventualmente restituídas aos embargados mediante declaração de ajuste anual de Imposto de Renda. Nesse sentido são os seguintes julgados da 1ª Seção: EREsp n. 779.917-DF, Min. Eliana Calmon, DJ de 1º.8.2006; EREsp n. 829.182-DF, Min. Humberto Martins, DJ de 14.5.2007, este último ementado nos seguintes termos:

Tributário. Imposto de renda de pessoa física retido na fonte. Compensação com valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Não-ocorrência.

1. A Primeira Seção desta Corte reconheceu a possibilidade de compensação de valores de imposto de renda indevidamente retidos na fonte com valores apurados na declaração de ajuste anual, afastando a preclusão, quando a matéria é alegada em embargos à execução.

2. Firmou-se o entendimento nesse sentido, com fundamento no teor do art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil, que permite a parte, nos embargos à execução, alegar qualquer questão impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, inexistindo, assim, a preclusão quanto à verificação do excesso de execução quando da apuração do *quantum debeatur*, na fase de liquidação de sentença.

Embargos de divergência improvidos.

A hipótese dos autos é similar. Alega a embargante que houve restituição parcial do indébito mediante declaração de ajuste anual. O acórdão embargado, entretanto, entendeu que essa questão só poderia ser levantada no processo

de conhecimento. À luz do entendimento desta Corte, o argumento não pode prosperar, já que eventual abatimento do indébito mediante declaração anual de ajuste constitui, sem dúvida, causa superveniente modificativa da obrigação objeto da sentença condenatória (de restituir valores indevidamente retidos na fonte). Tal matéria se comporta, indubitavelmente, no âmbito dos embargos à execução.

3. Diante do exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento aos embargos de divergência para afastar a preclusão, determinando, em consequência, o retorno dos autos à instância de origem.

2. Pelas razões expostas, recebo os embargos de declaração como agravo regimental, e nego-lhe provimento. É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 779.917-DF
(2006/0056196-7)**

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Embargante: Carlos Guilherme F Lugones e outros

Advogado: Alvimar Bertrand Duarte Guerra de Macêdo e outros

Embargado: Fazenda Nacional

Procurador: Cláudia Regina A M Pereira e outros

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução. Imposto de renda. Verbas indenizatórias. Compensação dos valores indevidamente retidos na fonte com os valores apurados na declaração de ajuste anual.

1. É perfeitamente admissível a discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título, em execução fundada em título judicial. Interpretação do art. 741, VI, do CPC.

2. Diversos precedentes da Primeira e da Segunda Turmas.

3. Embargos de divergência improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça “A Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos, mas lhes negou provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e José Delgado votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Luiz Fux.
Brasília (DF), 14 de junho de 2006 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ 1º.8.2006

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de embargos de divergência interpostos de acórdão assim ementado:

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução. Excesso de execução. Compensação do imposto de renda retido na fonte com o valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Inocorrência.

I - Esta Corte tem entendido no sentido da possibilidade da discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário, com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título, qual seja, imposto de renda sobre verbas indenizatórias, em execução fundada em título judicial.

II - Sendo assim, não há que se falar em preclusão, uma vez que a matéria afeita ao excesso de execução poderá ser verificada quando da apuração do *quantum debeatur*, na fase de liquidação de sentença, podendo ser alegada pela embargante, nos embargos à execução, qualquer questão impeditiva, modificativa e extintiva da obrigação, a teor do art. 741, inciso VI, do CPC. Precedentes: REsp n. 742.242-DF, Rel. Min. *Luiz Fux*, DJ de 24.10.2005 e REsp n. 603441-DF, Rel. Min. *Eliana Calmon*, DJ 28.2.2005.

III - Recurso especial provido.

(REsp n. 779.917-DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 7.2.2006, DJ 6.3.2006 p. 229)

Como paradigma, trazem os embargantes o seguinte aresto:

Tributário e Processual Civil. Embargos à execução. Imposto de renda. Verbas indenizatórias. Compensação. Impossibilidade. Preclusão e coisa julgada. Ocorrência.

- Constitui ofensa ao instituto da coisa julgada a apreciação de matéria referente à compensação do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias com as restituições realizadas quanto à declaração de ajuste anual, pois tal matéria não foi ventilada no processo de conhecimento.

- Recurso especial conhecido, porém improvido.

(REsp n. 778.326-DF, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 17.11.2005, DJ 19.12.2005 p. 379)

Sustentam que a Fazenda Nacional detinha todas as declarações de ajuste dos autores no período reclamado, de forma que deveria, quando da apresentação da contestação, ter alegado a compensação, o que se consubstanciava fato modificativo do direito dos autores. Não o tendo feito e transitada em julgado a decisão do processo de conhecimento, resta preclusa a questão.

Intimada, a Fazenda pugna pelo não-conhecimento dos embargos e, no mérito, defende o acórdão embargado.

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Quanto à possibilidade de se discutir a compensação dos valores nos embargos à execução, no julgamento do REsp n. 603.441-DF, manifestei entendimento de que a matéria não estava adstrita ao processo de conhecimento. O acórdão restou assim ementado:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Liquidação de sentença. Correção monetária. Expurgos inflacionários. Inexistência de ofensa à coisa julgada. Precedentes.

1. A aplicação de índices de correção monetária não contemplados na decisão exequenda, que melhor reflitam a realidade inflacionária, não constitui ofensa à coisa julgada, pois servirá apenas para recompor o efetivo valor aquisitivo da moeda.

2. É perfeitamente admissível a discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário com valores recolhidos em

período anterior sob o mesmo título, em execução fundada em título judicial. Interpretação do art. 741, VI, do CPC.

3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 603.441-DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 3.2.2005, DJ 28.2.2005 p. 290)

De fato, a discussão se trava em torno da alegação de excesso de execução, no qual entendo que pode a embargante, *Fazenda Nacional*, pretender, na apuração do *quantum debeatur* promovido com a liquidação, buscar a compensação do que já havia sido deduzido pela exequente sob o mesmo título - imposto de renda sobre verbas indenizatórias - na declaração anual do imposto de renda com os valores exequiendos.

Isso porque, na liquidação, apenas materializa-se a contabilidade da relação jurídica discutida no processo de conhecimento, sendo direito do executado alegar, em embargos à execução fundada em título judicial, qualquer causa impositiva ou extintiva da obrigação, a teor do art. 741, VI, do CPC.

Nesta Corte, encontrei poucos precedentes que admitem a discussão da compensação como matéria de defesa em embargos à execução fiscal, mas cuja linha de entendimento pode plenamente ser adotada por analogia na hipótese dos autos. Vejam-se os precedentes:

Tributário. Processual Civil. Arguição de compensação como matéria de defesa, em sede de embargos à execução fiscal. Possibilidade.

1. Supervenientemente ao art. 16, 3º, da Lei n. 6.830/1980, criou-se, no sistema, nova modalidade de extinção do crédito tributário, a compensação, circunstância que não pode ser desconsiderada em interpretação e aplicação atual desse dispositivo. Não pode haver dúvida que, atualmente, é admissível, como matéria de embargos, a alegação de que o crédito executado foi extinto por uma das formas de extinção prevista em lei, nomeadamente mediante compensação ou dedução, do valor devido, com valor indevidamente recolhido em período anterior, sem prejuízo do exercício, pela Fazenda, do seu poder-dever de apurar a regularidade da dedução efetuada pelo contribuinte.

2. Recurso especial provido, para restabelecer as conclusões da sentença de primeiro grau.

(REsp n. 395.448-PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, por unanimidade, DJ de 16.2.2004, p. 205)

Tributário. Compensação. Valores indevidamente recolhidos a título de contribuição sobre a remuneração de autônomos e administradores. Alegação em sede de embargos à execução fiscal. Possibilidade.

I - "Supervenientemente ao art. 16, 3º, da Lei n. 6.830/1980, criou-se, no sistema, nova modalidade de extinção do crédito tributário, a compensação, circunstância que não pode ser desconsiderada em interpretação e aplicação atual desse dispositivo. Não pode haver dúvida que, atualmente, é admissível, como matéria de embargos, a alegação de que o crédito tributário foi extinto por uma das formas de extinção prevista em lei, nomeadamente mediante compensação ou dedução, do valor devido, com valor indevidamente recolhido em período anterior, sem prejuízo do exercício, pela Fazenda, do seu poder-dever de apurar a regularidade da dedução efetuada pelo contribuinte." (REsp n. 395.448-PR, Rel. Min. *Teori Albino Zavascki*, DJ de 16.2.2004)

II - Recurso especial improvido.

(REsp n. 328.616-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, por unanimidade, DJ de 14.6.2004, p. 160)

Embora a Primeira Seção não tenha se pronunciado a respeito, os arestos a seguir transcritos demonstram a prevalência dessa tese nas Turmas que a compõe:

Processual Civil. Embargos à execução fiscal. Ausência de prequestionamento. Violação do artigo 535 do CPC não aduzida. Súmulas n. 211-STJ e 282-STF. Inexistência de ofensa à coisa julgada. Precedentes.

1. Para conhecimento do recurso especial com base em violação de preceito de lei federal, é necessário que o acórdão recorrido tenha enfrentado as disposições tidas por violadas.

2. Eventual omissão da Corte Regional a respeito de questão tida, a critério da parte, como de relevância para o correto desate da lide enseja a oposição de embargos declaratórios visando a correção da suposta irregularidade. A persistir o vício, caberá à parte interpor recurso especial com base em violação do art. 535 do CPC, sob pena de não-conhecimento do apelo.

3. "É perfeitamente admissível a discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título, em execução fundada em título judicial. Interpretação do art. 741, VI, do CPC" (REsp n. 603.441-DF, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 28.2.2005).

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.

(REsp n. 782.777-SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 28.3.2006, DJ 8.5.2006 p. 186)

Processual Civil e Tributário. Imposto de renda. Embargos à execução. Alegação de ausência de dedução de quantia retida na fonte e já restituída por conta de declaração de ajuste anual. Preclusão. Não ocorrência.

1. A repetição do indébito que desconsidera a restituição de imposto de renda, supostamente não abatida do *quantum* exequendo, configura excesso de execução (art. 741, V, do CPC). Com efeito, incorre em excesso quando se pretende executar quantia superior àquela constante do título. Nesse sentido, é assente na doutrina que: “O excesso de execução (art. 741, 1ª parte) está definido no art. 743. A primeira hipótese corresponde, efetivamente, ao significado da palavra excesso. ‘Há excesso de execução’, diz o Código, ‘quando o credor pleiteia quantia superior à do título’ (art. 743, I). Nesse caso, se a única alegação dos embargos foi essa, temos uma hipótese de embargos ‘parciais’, de modo que, de acordo com o art. 739, § 2º, o processo de execução poderá prosseguir quanto à parte não embargada” (ARAKEN DE ASSIS e EDSON RIBAS MALACHINI, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, volume 10, Ed. Revista dos Tribunais, p. 563).

2. Há excesso de execução quando a parte pretende executar quantia superior à dívida, assim considerado o quantum que despreza a imputação em pagamento. *In casu*, a sentença exequenda declarou o direito à restituição do imposto de renda outrora incidente sobre verbas indenizatórias percebidas pelos ora recorrentes sem, contudo, fixar valores, que só vieram à tona com a liquidação da sentença.

3. É assente na doutrina que, em sendo a última oportunidade de suscitar a matéria, porquanto impossível de deduzi-la noutro processo, a exceção é tema dos embargos da executada.

4. Não obstante o art. 741, VI, do CPC, dispor que causas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do autor possam ser alegadas em sede de embargos à execução, quando supervenientes à sentença, a exegese do dispositivo não desconsidera o ato decisório da liquidação que, complementando a condenação, é passível de objeção em embargos, máxime com a eliminação da liquidação por cálculo (precedente: REsp n. 155.037-RJ, Relator Ministro *Ruy Rosado de Aguiar*, 4ª Turma, DJ 19 de fevereiro de 1998).

5. Recurso especial da Fazenda Nacional provido e recurso especial dos autores desprovido.

(REsp n. 790.569-DF, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21.3.2006, DJ 2.5.2006 p. 263)

Tributário e Processual Civil. Imposto de renda. Embargos à execução. Sentença. Trânsito em julgado após vigência da Lei n. 9.250/1995. Taxa Selic. Descabimento. Excesso de execução. Art. 741, V e VI do CPC.

1. O acórdão que tornou definitiva a sentença exequenda fixou os juros de mora em 1% ao mês a partir do trânsito em julgado, já na vigência da Lei n. 9.250/1995. A inclusão da taxa Selic na espécie macularia o instituto da coisa julgada.

2. O suposto excesso de execução - ao argumento de que parte dos valores em execução já teria sido objeto de restituição quando da declaração de ajuste anual de Imposto de Renda dos autores -, pode ser aventado em embargos (art. 741, V e VI, do CPC). Inexistência de preclusão.

3. Recurso especial de Maria Newman Galvão Alves e outros improvido. Recurso especial da Fazenda Nacional provido.

(REsp n. 778.110-DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11.4.2006, DJ 25.4.2006 p. 114)

Processual Civil e Tributário. Imposto de renda. Regime tributário das indenizações. Pagamento de adicional de 1/3 sobre férias indenizadas. Prescrição. Prazo para repetição do indébito. Matéria pacificada. Imposto de renda retido na fonte. Desnecessidade de comprovação pelo contribuinte de que não houve dedução nos recolhimentos nas declarações anuais de ajuste. Fato extintivo do direito do autor. Ônus da prova. Orientação sedimentada em ambas as Turmas da 1ª Seção. Embargos à execução. Alegação de cumprimento parcial da obrigação objeto da sentença exequenda. Possibilidade. Inexistência de preclusão. Precedente.

(...)

8. No que diz respeito ao imposto de renda retido na fonte, é dominante o entendimento segundo o qual é desnecessária a comprovação pelo autor, mediante a juntada das declarações anuais de ajuste, da não-realização de compensação das quantias indevidamente retidas, fato extintivo do direito, cuja alegação e prova incumbe à Fazenda.

9. "O art. 741, VI, do CPC considera ser matéria suscetível de embargos à execução qualquer fato superveniente à sentença que importe a satisfação, parcial ou integral, da obrigação objeto da sentença exequenda. Conforme assentado em precedente análogo, 'há excesso de execução quando a parte pretende executar quantia superior à dívida, assim, considerado o quantum que despreza a imputação em pagamento. *In casu*, a sentença exequenda declarou o direito à restituição do imposto de renda outrora incidente sobre verbas indenizatórias percebidas pelos ora recorrentes sem, contudo, fixar valores que só vieram à tona com a liquidação da sentença' (REsp n. 742.242-DF, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, DJ de DJ 24.10.2005)". (REsp n. 791.245, 1ª T., Min. Teori Zavascki, julgado em 2.2.2006).

10. Recursos especiais dos autores e da União desprovidos.

(REsp n. 770.858-SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 14.3.2006, DJ 3.4.2006 p. 267)

Com essas considerações, nego provimento aos embargos de divergência.

É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 786.888-SC
(2006/0250464-2)**

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Embargante: Fazenda Nacional
Procuradores: Claudio Xavier Seefelder Filho
Anselmo Henrique Cordeiro Lopes e outro(s)
Embargado: Beatriz Canto Gastaldon do Amaral e outros
Advogado: Ricardo Santana e outro(s)

EMENTA

Tributário. Imposto de renda de pessoa física retido na fonte. Compensação com valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Não-ocorrência.

1. A Primeira Seção desta Corte reconheceu a possibilidade de compensação de valores de imposto de renda indevidamente retidos na fonte com valores apurados na declaração de ajuste anual, afastando a preclusão, quando a matéria é alegada em embargos à execução.

2. Firmou-se o entendimento nesse sentido, com fundamento no teor do art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil, que permite a parte, nos embargos à execução, alegar qualquer questão impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, inexistindo, assim, a preclusão quanto à verificação do excesso de execução quando da apuração do *quantum debeatur*, na fase de liquidação de sentença.

3. O fato de caber à União a apresentação das declarações de ajuste anual, a fim de demonstrar fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito à restituição dos valores indevidamente retidos a título de IRPF, não exclui a possibilidade de apuração do *quantum debeatur*, na fase de liquidação de sentença.

4. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de

Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em conhecer dos embargos e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 9. 9.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Em julgamento embargos de divergência interpostos pela *Fazenda Nacional*, admitidos na conformidade da decisão proferida à fl. 284, contra acórdão da Primeira Turma, Relator o Ministro José Delgado, assim ementado (fl. 258):

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Verbas indenizatórias (férias e licenças-prêmio não-gozadas, incentivos à adesão a "PDV" e conversão em pecúnia de APIP). Não-incidência de imposto de renda. Súmulas n. 125 e 136-STJ. Possibilidade de restituição via precatório. Ajuste anual do tributo. Desnecessidade de comprovação para fins de repetição de indébito. Precedentes.

1. *Ação declaratória c/c repetição de indébito* ajuizada por Beatriz Canto Gastaldon do Amaral e Outros contra a União, em que se discute a retenção indevida de IRPF sobre verbas indenizatórias pagas aos demandantes (abono pecuniário de 1/3 de férias, férias indenizadas, licenças-prêmio não-gozadas e convertidas em dinheiro, ausências permitidas - APIP - recebidas em pecúnia e incentivos financeiros pagos por adesão a "PDV"). *Sentença* julgando parcialmente procedente o pedido. *Interposta apelação pela União, o TRF da 4ª Região deu-lhe parcial provimento tão-somente para que, em liquidação de sentença, as quantias eventualmente restituídas quando da Declaração de Ajuste Anual do IRPF sejam deduzidas do montante devido. Recurso especial interposto pelos autores da ação alegando violação do art. 333 do CPC, dentre outros, além de dissídio jurisprudencial, afirmando caber à União a apresentação das declarações de ajuste*

anual, a fim de demonstrar fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito à restituição dos valores indevidamente retidos a título de IRPF. Contra-razões pugnando pelo não-provimento do apelo.

2. Ausência de pronunciamento do acórdão recorrido quanto aos arts. 165 do CTN e 66 da Lei n. 8.383/1991. Súmula n. 211-STJ.

3. O art. 333, I e II, do CPC, dispõe que compete ao autor fazer prova constitutiva de seu direito e o réu, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. *In casu*, os autores fizeram prova do fato constitutivo de seu direito - a comprovação da retenção indevida de imposto de renda sobre férias, abono-assiduidade, e licença-prêmio, não gozadas em função da necessidade do serviço, os quais constituem verbas indenizatórias, conforme já está pacificado no seio desta Corte Superior (Súmulas n. 125 e 136).

4. *A juntada das declarações de ajuste, para fins de verificação de eventual compensação, não estabelece fato constitutivo do direito do autor, ao contrário, perfazem fato extintivo do seu direito, cuja comprovação é única e exclusivamente da parte ré (Fazenda Nacional).*

5. Ocorrendo a incidência, na fonte, de retenção indevida do adicional de imposto de renda, não há necessidade de se comprovar que o responsável tributário recolheu a respectiva importância aos cofres públicos.

6. Não se pode afastar a pretensão da restituição via precatório, visto que o contribuinte poderá escolher a forma mais conveniente para pleitear a execução da decisão condenatória, por meio de compensação ou restituição via precatório.

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

O aresto foi objeto de embargos de declaração, por parte dos autores, ora embargados, que restaram acolhidos para explicitar que “não se apontou a necessidade de dedução ou compensação dos valores a receber com aqueles relativos às declaração (*sic*) de ajuste do IRPF. Daí infere-se, portanto, a sua dispensa. E não poderia ser de outra (*sic*) modo, uma vez que o recurso especial, que foi provido, buscava exatamente afastar tal exigência” (fl. 273).

Em suas razões, alega a embargante dissídio com o REsp n. 845.657-DF (2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 10.10.2006), segundo o qual:

1. [...] pode ser alegada pela embargante, nos embargos à execução, qualquer questão impeditiva, modificativa e extintiva da obrigação, a teor do art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil. Inexiste, assim, a preclusão quanto à verificação do excesso de execução quando da apuração do *quantum debeatur*, na fase de liquidação de sentença.

2. Há possibilidade de se discutir a compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário, com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título que, no caso dos autos, diz respeito ao imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias, em execução fundada em título judicial (fls. 247).

Ao final, requer o conhecimento e provimento dos presentes embargos de divergência, adotando-se o entendimento do acórdão paradigma, com a consequente reforma do aresto embargado.

Às fls. 293 registra-se a impugnação aos embargos de divergência pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Preliminarmente, confirmo a admissão dos embargos de divergência para discussão. Considero o dissídio suficientemente demonstrado em razão do cotejo analítico realizado.

Com efeito, o acórdão embargado (REsp n. 786.888-SC), de relatoria do Ministro José Delgado, Primeira Turma, e o acórdão paradigma (REsp n. 845.657-DF, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 10.10.2006), se assentam sobre os mesmos contornos fáticos e jurídicos, quais sejam, a possibilidade ou não de a Fazenda Nacional alegar em embargos à execução, qualquer questão impeditiva, modificativa e extintiva da obrigação, a teor do art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil, existindo ou não a preclusão quanto à verificação do excesso de execução quando da apuração do *quantum debeatur*, na fase de liquidação de sentença.

Com efeito, colhe-se a divergência do contorno dado ao recurso especial da parte autora, que expressamente requer o seu provimento para [...] “reformular o acórdão recorrido, *afastando-se a determinação de dedução, na fase de liquidação, de eventuais valores já restituídos, por meio do ajuste anual*, determinando-se a restituição integral, nos termos do pedido inicial” (fl. 226, grifei).

Considerando que o recurso especial foi provido, e este foi o único pedido da parte autora, infere-se que a determinação de dedução, na fase de liquidação, de eventuais valores já restituídos fora afastada. Nesta linha segue o voto do Min. Rel. por ocasião do julgamento de embargos de declaração propostos pela parte

autora, e acolhidos pelo Tribunal: [...] “não se apontou a necessidade de dedução ou compensação dos valores a receber com aqueles relativos à declaração (sic) de ajuste do IRPF. *Daí infere-se, portanto, a sua dispensa. E não poderia ser de outra (sic) modo, uma vez que o recurso especial, que foi provido, buscava exatamente afastar tal exigência*” (fl. 273, grifei).

Desse modo, temos confronto entre a decisão embargada descrita acima e o acórdão paradigma que ora transcrevo, *ipsis litteris* (grifei):

Tributário e Processual Civil. Embargos à execução. Excesso de execução. Compensação do imposto de renda retido na fonte com o valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Não-ocorrência. Repetição de indébito. Dedução da base de cálculo do IR. Faculdade do contribuinte. Lei n. 8.383/1991. Ônus da prova. Art. 333, I e II, do CPC omissão. Inexistência.

1. *A jurisprudência deste Tribunal tem se firmado no sentido de que pode ser alegada pela embargante, nos embargos à execução, qualquer questão impeditiva, modificativa e extintiva da obrigação, a teor do art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil. Inexiste, assim, a preclusão quanto à verificação do excesso de execução quando da apuração do quantum debeatur, na fase de liquidação de sentença.*

2. *Há possibilidade de se discutir a compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário, com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título que, no caso dos autos, diz respeito ao imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias, em execução fundada em título judicial.*

3. *A despeito da pretensão da recorrente, uma vez julgada procedente a demanda, e por se tratar a presente de “Ação de Repetição de Indébito”, imperioso que se declare o direito do contribuinte à restituição das importâncias indevidamente recolhidas, nos termos do pedido, conforme apurado em liquidação de sentença, sob pena de afronta ao comando insculpido no art. 66, § 2º, da Lei n. 8.383/1991.*

4. *A juntada das declarações de ajuste, para fins de verificação de eventual compensação, não estabelece fato constitutivo do direito dos autores, ao contrário, perfazem fato extintivo do seu direito, cuja comprovação é única e exclusivamente da parte ré, no caso, a Fazenda Nacional.*

Recurso especial provido em parte, para afastar a preclusão e determinar o retorno dos autos à origem para apreciação da matéria suscitada.

(REsp n. 845.657-DF, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 10.10.2006)

É de observar que, enquanto a Primeira Turma impediu a verificação do excesso de execução quando da apuração do *quantum debeatur*, na fase de

liquidação de sentença, por meio da dedução de eventuais valores já restituídos, por meio do ajuste anual, a Segunda Turma decidiu em sentido contrário, conforme trechos grifados.

Examino o mérito.

Com efeito, a Primeira Seção desta Corte reconheceu a possibilidade de compensação de valores de imposto de renda indevidamente retidos na fonte com valores apurados na declaração de ajuste anual, afastando a preclusão, quando a matéria é alegada em embargos à execução.

Firmou-se o entendimento nesse sentido, com fundamento no teor do art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil, que permite à parte, nos embargos à execução, alegar qualquer questão impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, inexistindo, assim, a preclusão quanto à verificação do excesso de execução quando da apuração do *quantum debeat*, na fase de liquidação de sentença.

Nesse sentido, as ementas dos seguintes julgados:

Tributário. Imposto de renda de pessoa física retido na fonte. Compensação com valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Não-ocorrência.

1. A Primeira Seção desta Corte reconheceu a possibilidade de compensação de valores de imposto de renda indevidamente retidos na fonte com valores apurados na declaração de ajuste anual, afastando a preclusão, quando a matéria é alegada em embargos à execução.

2. Firmou-se o entendimento nesse sentido, com fundamento no teor do art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil, que permite a parte, nos embargos à execução, alegar qualquer questão impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, inexistindo, assim, a preclusão quanto à verificação do excesso de execução quando da apuração do *quantum debeat*, na fase de liquidação de sentença.

Embargos de divergência improvidos.

(REsp n. 829.182, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 14.5.2007)

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução. Imposto de renda. Verbas indenizatórias. Compensação dos valores indevidamente retidos na fonte com os valores apurados na declaração de ajuste anual.

1. É perfeitamente admissível a discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título, em execução fundada em título judicial. Interpretação do art. 741, VI, do CPC.

2. Diversos precedentes da Primeira e da Segunda Turmas.

3. Embargos de divergência improvidos.

(REsp n. 779.917, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 1º.8.2006)

Tributário e Processual Civil. Embargos à execução. Compensação do imposto de renda retido na fonte com o valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Não-ocorrência.

1. A jurisprudência deste Tribunal tem se firmado no sentido de que pode ser alegada pela embargante, nos embargos à execução, qualquer questão impeditiva, modificativa e extintiva da obrigação, a teor do art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil. Inexiste, assim, a preclusão quanto à verificação do excesso de execução e possibilidade de compensação, quando da apuração do *quantum debeat*, na fase de liquidação de sentença.

2. Há possibilidade de se discutir a compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário, com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título que, no caso dos autos, diz respeito ao imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias, em execução fundada em título judicial.

Recurso especial provido, para afastar a preclusão e determinar o retorno dos autos à origem para apreciação da matéria suscitada.

(REsp n. 884.478-DF, deste relator, DJ 12.3.2007)

Acertadamente, o fato de caber à União a apresentação das declarações de ajuste anual, a fim de demonstrar fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito à restituição dos valores indevidamente retidos a título de IRPF, não exclui a possibilidade de apuração do *quantum debeat*, na fase de liquidação de sentença.

Diante do exposto, *dou provimento* aos embargos de divergência.

É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 829.182-DF
(20060149487-3)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Embargante: Edígio Sacchi e outros

Advogado: José Peixoto Guimarães Neto e outro
Embargado: Fazenda Nacional
Procurador: Everton Lopes Nunes e outros

EMENTA

Tributário. Imposto de renda de pessoa física retido na fonte. Compensação com valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Não-ocorrência.

1. A Primeira Seção desta Corte reconheceu a possibilidade de compensação de valores de imposto de renda indevidamente retidos na fonte com valores apurados na declaração de ajuste anual, afastando a preclusão, quando a matéria é alegada em embargos à execução.

2. Firmou-se o entendimento nesse sentido, com fundamento no teor do art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil, que permite a parte, nos embargos à execução, alegar qualquer questão impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, inexistindo, assim, a preclusão quanto à verificação do excesso de execução quando da apuração do *quantum debeatur*, na fase de liquidação de sentença.

Embargos de divergência improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça “A Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos, mas lhes negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, José Delgado, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 25 de abril de 2007 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator



RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de embargos de divergência opostos por *Edígio Sacchi e outros* com objetivo de uniformizar a jurisprudência da Primeira Seção desta Corte no tocante à possibilidade de compensação de valores de imposto de renda indevidamente retidos na fonte com valores apurados na declaração de ajuste anual.

Originariamente, a divergência foi apresentada contra acórdão da Primeira Turma proferido no sentido de que a referida compensação é possível ainda que não ventilada em processo de conhecimento, por ser matéria afeita ao excesso de execução, verificável quando da apuração do *quantum debeatur*, sem configurar preclusão, restando assim ementado:

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução. Excesso de execução. Compensação do imposto de renda retido na fonte com o valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Inocorrência. Violação aos arts. 458 e 535 do CPC. Súmula n. 284-STF.

I - A análise da alegada violação aos artigos 458, inciso II, e 535, inciso II, do CPC restou prejudicada, porquanto a recorrente limita-se a aduzir que houve omissão do Tribunal *a quo*, sem, contudo, explicitar quais questões restaram omissas. Nesse panorama, a fundamentação da alegada violação aos supracitados artigos mostrou-se deficiente, ensejando a incidência da Súmula n. 284 do STF.

II - Esta Corte tem entendido no sentido da possibilidade da discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário, com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título, qual seja, imposto de renda sobre verbas indenizatórias, em execução fundada em título judicial.

III - Sendo assim, não há que se falar em preclusão, uma vez que a matéria afeita ao excesso de execução poderá ser verificada quando da apuração do *quantum debeatur*, na fase de liquidação de sentença, podendo ser alegada pela embargante, nos embargos à execução, qualquer questão impeditiva, modificativa e extintiva da obrigação, a teor do art. 741, inciso VI, do CPC. Precedentes: REsp n. 742.242-DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 24.10.2005 e REsp n. 603441-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 28.2.2005.

IV - Recurso especial provido.

Como paradigma, foi colacionado acórdão da Segunda Turma entendendo pela impossibilidade de compensação dos valores, pela ocorrência da preclusão e coisa julgada, nos termos da seguinte ementa:

Tributário e Processual Civil. Embargos à execução. Imposto de renda. Verbas indenizatórias. Compensação. Impossibilidade. Preclusão e coisa julgada. Ocorrência.

- Constitui ofensa ao instituto da coisa julgada a apreciação de matéria referente à compensação do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias com as restituições realizadas quanto à declaração de ajuste anual, pois tal matéria não foi ventilada no processo de conhecimento.

- Recurso especial conhecido, porém improvido.

(REsp n. 778.326-DF, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 19.12.2005)

Efetivado juízo positivo de admissibilidade, foi apresentada impugnação às fls. 260-266.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Inicialmente, trato da admissibilidade dos embargos de divergência.

A divergência foi colocada no tocante à possibilidade de compensação de valores de imposto de renda indevidamente retidos na fonte com valores apurados na declaração de ajuste anual.

Quanto à necessária demonstração da divergência, anoto que a embargante destacou - no corpo da peça dos embargos -, a igualdade material entre o acórdão embargado da Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, e o acórdão paradigma da Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins; porém, com soluções opostas.

Admito a divergência, portanto, e passo ao exame do mérito.

Primeira Seção desta Corte reconheceu a possibilidade de compensação de valores de imposto de renda indevidamente retidos na fonte com valores apurados na declaração de ajuste anual, afastando a preclusão, quando a matéria é alegada em embargos à execução.

Firmou-se o entendimento nesse sentido, com fundamento no teor do art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil, que permite a parte, nos embargos à execução, alegar qualquer questão impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, inexistindo, assim, a preclusão quanto à verificação do excesso de execução quando da apuração do *quantum debeatur*, na fase de liquidação de sentença.

Nesse sentido, as ementas dos seguintes julgados:

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução. Imposto de renda. Verbas indenizatórias. Compensação dos valores indevidamente retidos na fonte com os valores apurados na declaração de ajuste anual.

1. É perfeitamente admissível a discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título, em execução fundada em título judicial. Interpretação do art. 741, VI, do CPC.

2. Diversos precedentes da Primeira e da Segunda Turmas.

3. Embargos de divergência improvidos.

(REsp n. 779.917, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 1º.8.2006)

Tributário e Processual Civil. Embargos à execução. Compensação do imposto de renda retido na fonte com o valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Não-ocorrência.

1. A jurisprudência deste Tribunal tem se firmado no sentido de que pode ser alegada pela embargante, nos embargos à execução, qualquer questão impeditiva, modificativa e extintiva da obrigação, a teor do art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil. Inexiste, assim, a preclusão quanto à verificação do excesso de execução e possibilidade de compensação, quando da apuração do *quantum debeatur*, na fase de liquidação de sentença.

2. Há possibilidade de se discutir a compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário, com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título que, no caso dos autos, diz respeito ao imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias, em execução fundada em título judicial.

Recurso especial provido, para afastar a preclusão e determinar o retorno dos autos à origem para apreciação da matéria suscitada.

(REsp n. 884.478-DF, deste relator, DJ 12.3.2007)

Ante o exposto, nego provimento aos embargos de divergência.

É como penso. É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 848.669-DF
(2006/0209330-8)**

Relator: Ministro Herman Benjamin

Embargante: Ângela Maria Milhorim e outros

Advogada: Desirée Costa Gössling Valério e outro(s)
Embargado: Fazenda Nacional
Procuradores: Iara Antunes Vianna e outro(s)
Claudio Xavier Seefelder Filho

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Embargos de divergência. Imposto de renda. Embargos à execução. Excesso de execução. Compensação com o valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Inocorrência.

1. Hipótese em que, configurada, à época, a divergência entre o acórdão embargado (que entende possível argüir-se a extinção do crédito por compensação de valores retidos na fonte, a título de Imposto de Renda, com aqueles restituídos, quando do ajuste anual das declarações dos exeqüentes, em Embargos à Execução, sem ofensa ao instituto da preclusão) e o acórdão paradigmático (que preconiza, em caso análogo, a ofensa ao instituto da coisa julgada), é de se aplicar o posicionamento pacificado na Primeira Seção, no sentido do acórdão recorrido.

2. “É perfeitamente admissível a discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título, em execução fundada em título judicial. Interpretação do art. 741, VI, do CPC.” (EREsp n. 779.917-DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ de 1º.8.2006).

3. Embargos Divergência não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: “A Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos, mas lhes negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros José Delgado, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Eliana Calmon.
Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.
Brasília (DF), 28 de março de 2007 (data do julgamento).
Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 1º.9.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Embargos de Divergência interpostos em face do acórdão relatado pelo e. Ministro Teori Zavascki, assim ementado (fl. 231):

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão não configurada. Embargos à execução. Alegação de cumprimento parcial da obrigação objeto da sentença exequenda. Excesso de execução. Possibilidade. Inexistência de preclusão. Precedentes.

1. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. O art. 741, VI do CPC considera ser matéria suscetível de embargos à execução qualquer fato superveniente à sentença que importe a satisfação, parcial ou integral, da obrigação objeto da sentença exequenda. Conforme assentado em precedente análogo, "há excesso de execução quando a parte pretende executar quantia superior à dívida, assim, considerado o quantum que despreza a imputação em pagamento. *In casu*, a sentença exequenda declarou o direito à restituição do imposto de renda outrora incidente sobre verbas indenizatórias percebidas pelos ora recorrentes sem, contudo, fixar valores que só vieram à tona com a liquidação da sentença" (REsp n. 742.242-DF, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, DJ de DJ 24.10.2005).

3. Eventual abatimento do indébito mediante declaração anual de ajuste constitui causa superveniente modificativa da obrigação objeto da sentença condenatória (de restituir valores indevidamente retidos na fonte). Tal matéria se comporta no âmbito dos embargos à execução.

4. Recurso especial a que se dá provimento.

Os embargantes alegam divergência com julgado da Segunda Turma (REsp n. 778.326-DF, fl. 236), assim ementado:

Tributário e Processual Civil. Embargos à execução. Imposto de renda. Verbas indenizatórias. Compensação. Impossibilidade. Preclusão e coisa julgada. Ocorrência.

- Constitui ofensa ao instituto da coisa julgada a apreciação de matéria referente à compensação do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias com as restituições realizadas quanto à declaração de ajuste anual, pois tal matéria não foi ventilada no processo de conhecimento.

- Recurso especial conhecido, porém improvido.

Os Embargos de Divergência foram admitidos (fls. 256-257).

A Fazenda Nacional apresentou impugnação (fls. 263-264).

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Ambas as Turmas integrantes da Seção de Direito Público, bem como a própria Primeira Seção desta Corte, pacificaram o entendimento no sentido da possibilidade de se compensarem, em execução contra a Fazenda Pública, valores restituídos por ocasião da declaração anual de ajuste, sem ofensa ao instituto da preclusão.

Assim dispõe o art. 741, incisos I e II, do Código de Processo Civil:

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

(...)

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, *compensação*, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; (grifei).

Cito os seguintes precedentes:

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução. Imposto de renda. Verbas indenizatórias. Compensação dos valores indevidamente retidos na fonte com os valores apurados na declaração de ajuste anual.

1. É perfeitamente admissível a discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título, em execução fundada em título judicial. Interpretação do art. 741, VI, do CPC.

2. Diversos precedentes da Primeira e da Segunda Turmas.

3. Embargos de divergência improvidos. (REsp n. 779.917-DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 14.6.2006, DJ 1º.8.2006 p. 364).

Tributário e Processual Civil. Imposto de renda. Embargos à execução. Sentença. Trânsito em julgado após vigência da Lei n. 9.250/1995. Taxa Selic. Descabimento. Excesso de execução. Art. 741, V e VI do CPC.

1. O acórdão que tornou definitiva a sentença exequenda fixou os juros de mora em 1% ao mês a partir do trânsito em julgado, já na vigência da Lei n. 9.250/1995. A inclusão da taxa Selic na espécie macularia o instituto da coisa julgada.

2. O suposto excesso de execução - ao argumento de que parte dos valores em execução já teria sido objeto de restituição quando da declaração de ajuste anual de Imposto de Renda dos autores -, pode ser aventado em embargos (art. 741, V e VI, do CPC). Inexistência de preclusão.

3. Recurso especial de Maria Newman Galvão Alves e outros improvido.

Recurso especial da Fazenda Nacional provido. (REsp n. 778.110-DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11.4.2006, DJ 25.4.2006 p. 114).

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução. Excesso de execução. Compensação do imposto de renda retido na fonte com o valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Inocorrência.

I - Esta Corte tem entendido no sentido da possibilidade da discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário, com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título, qual seja, imposto de renda sobre verbas indenizatórias, em execução fundada em título judicial.

II - Sendo assim, não há que se falar em preclusão, uma vez que a matéria afeita ao excesso de execução poderá ser verificada quando da apuração do *quantum debeat*, na fase de liquidação de sentença, podendo ser alegada pela embargante, nos embargos à execução, qualquer questão impeditiva, modificativa e extintiva da obrigação, a teor do art. 741, inciso VI, do CPC. Precedentes: REsp n. 742.242-DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 24.10.2005 e REsp n. 603441-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 28.2.2005.

III - Recurso especial provido. (REsp n. 779.917-DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 7.2.2006, DJ 6.3.2006 p. 229).

Dessa forma, não há que falar em preclusão, uma vez que a matéria afeita ao excesso de execução poderá ser verificada quando da apuração do *quantum debeat*, na fase de liquidação de sentença, podendo ser alegada

pela embargante, nos Embargos à Execução, qualquer questão impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, consoante o teor do art. 741, inciso VI, do CPC.

Constata-se, portanto, que a tese esposada no acórdão embargado está em consonância com o entendimento desta Primeira Seção do STJ, hipótese de incidência da Súmula n. 168-STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

Por tudo isso, atendendo à função uniformizadora desta Corte, *nego provimento aos Embargos de Divergência*.

É como *voto*.

RECURSO ESPECIAL N. 778.110-DF (2005/0145108-0)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Maria Newman Galvão Alves e outros

Advogada: Carolina Louzada Petrarca e outros

Recorrente: Fazenda Nacional

Procurador: Lílian da Costa Tourinho e outros

Recorrido: Os mesmos

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Imposto de renda. Embargos à execução. Sentença. Trânsito em julgado após vigência da Lei n. 9.250/1995. Taxa Selic. Descabimento. Excesso de execução. Art. 741, V e VI do CPC.

1. O acórdão que tornou definitiva a sentença exequenda fixou os juros de mora em 1% ao mês a partir do trânsito em julgado, já na vigência da Lei n. 9.250/1995. A inclusão da taxa Selic na espécie macularia o instituto da coisa julgada.

2. O suposto excesso de execução - ao argumento de que parte dos valores em execução já teria sido objeto de restituição quando da declaração de ajuste anual de Imposto de Renda dos autores -, pode ser avertido em embargos (art. 741, V e VI, do CPC). Inexistência de preclusão.

3. Recurso especial de Maria Newman Galvão Alves e outros improvido. Recurso especial da Fazenda Nacional provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de Maria Newman Galvão Alves e Outros e deu provimento ao recurso da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” Os Srs. Ministros Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 25.4.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: O Tribunal Regional Federal da 1ª Região exarou acórdão assim ementado:

Processual Civil. Execução de sentença. Embargos. Recurso de apelação. Imposto de renda. Verba indenizatória. Compensação. Art. 741, VI, CPC. Descabimento. Taxa Selic. Aplicação. Impossibilidade. Coisa julgada. Sucumbência recíproca.

1. Descabe falar em compensação de valores relativos ao imposto de renda retido na fonte com aqueles constantes na declaração de ajuste anual em face da inexistência de título executivo judicial ou extrajudicial a amparar tal pretensão da União Federal (Fazenda Nacional) (art. 741, VI, CPC).

2. Na execução, a compensação só é admissível quando operada com crédito do embargante que se revista das mesmas características do título embargado.

3. É indevida a aplicação da Taxa Selic, sob pena de violação da coisa julgada, quando já determinada na sentença exequênda a incidência de juros moratórios em percentual fixo.

4. Havendo sucumbência recíproca, deve cada parte arcar com os honorários de seus respectivos patronos (art. 21, CPC) (fl. 129).

Maria Newman Galvão Alves e outros interpuseram recurso especial com fulcro no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal. Apontam violação ao art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995. Defendem a aplicabilidade da Taxa Selic no processo de execução. Colacionam paradigmas de outros tribunais com o fito de demonstrar divergência acerca do tema.

Nas contra-razões, a União alega ausência de prequestionamento, falta de indicação precisa do dispositivo legal tido por violado, dessemelhança entre os acórdãos supostamente divergentes (fls. 154-160).

A Fazenda Nacional também apresenta apelo raro fundado na alínea **a**, III, da Carta Magna. Sustenta que o acórdão impugnado teria negado vigência ao art. 741, V e VI, do Código de Processo Civil. Argumenta que “parte dos valores em execução já foi objeto de restituição quando da declaração de ajuste anual de Imposto de Renda dos autores, razão porque a devolução integral implicaria excesso de execução” (fl. 143).

Não foram oferecidas contra-razões (fls. 161).

Admitidos ambos os recursos (fls. 163-164), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr Ministro Castro Meira (Relator): Aprecio, inicialmente, o apelo de Maria Newman Galvão Alves e outros.

Conheço do recurso tão-somente no que se refere à alínea **a**, pois a suposta divergência não restou configurada nos moldes regimentais, haja vista a inexistência de identidade fática entre os paradigmas e o julgado recorrido. Nos arestos colacionados aos autos não há notícia de decisão transitada em julgado determinando a incidência de juros de mora em percentual fixo, como ocorre na espécie.

Ultrapassada a barreira da admissibilidade, cumpre analisar a questão de mérito.

Escorrito o acórdão recorrido que manteve os juros de mora em 1% ao mês a partir do trânsito em julgado da decisão, nos exatos termos em que determinados pelo acórdão que tornou definitiva a sentença exequenda, com o respectivo trânsito em julgado.

Admite esta Corte que seja incluída a taxa Selic até mesmo nos casos em que a sentença de mérito tenha sido proferida antes da entrada em vigor da Lei n. 9.250/1995, sem que isso extrapole os limites da coisa julgada.

Todavia, observa-se que o acórdão proferido ainda na fase de conhecimento estabeleceu que incidissem juros de mora à taxa de 1% ao mês, a contar do trânsito em julgado da sentença (art. 161, § 1º e art. 167, parágrafo único do CTN). O aresto foi prolatado e transitou em julgado em data posterior à edição do diploma legal que instituiu a indigitada taxa.

Com efeito, forçoso concluir que já houve pronunciamento jurisdicional na fase de conhecimento, cuja sentença exequenda tornou-se definitiva com o trânsito em julgado, no sentido de que os juros de mora serão de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado da decisão, já na vigência da Lei n. 9.250/1995, não cabendo, desse modo, a inclusão da taxa Selic sem macular o instituto da coisa julgada.

Ilustrativamente:

Recurso especial. Tributário. Embargos à execução. Alteração de índice. Violação da coisa julgada. Taxa Selic. Ilegalidade.

A alteração de índices de correção monetária já aplicados, para inclusão ou exclusão de expurgos inflacionários, após o trânsito em julgado da decisão que determinou sua incidência, traduz-se em frontal violação da coisa julgada. Dessa forma, na espécie, deve ser afastada a aplicação da taxa Selic no cálculo da execução.

Ainda que assim não fosse, a Taxa Selic para fins tributários é, a um tempo, inconstitucional e ilegal. Como não há pronunciamento de mérito da Corte Especial deste egrégio Tribunal que, em decisão relativamente recente, não conheceu da argüição de inconstitucionalidade correspectiva (cf. Incidente de Inconstitucionalidade no REsp n. 215.881-PR), permanecendo a mácula também na esfera infraconstitucional, nada está a empecer seja essa indigitada Taxa proscrita do sistema e substituída pelos juros previstos no Código Tributário (artigo 161, § 1º, do CTN).

Julgamento deste recurso especial em 19 de setembro de 2002.

Recurso especial provido, para afastar a aplicação da Taxa Selic, mantido o índice aplicado pela decisão exequenda (REsp n. 441.230, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 9.5.2005);

Agravo regimental. Recurso especial. Embargos à execução. Sentença do processo de conhecimento fixou a correção monetária pela UFIR após o trânsito em julgado quando já em vigor a Lei n. 9.250/1995. Coisa julgada. Impossibilidade de inclusão da taxa Selic na execução.

Na espécie, conforme ressaltado no acórdão da Corte de origem, bem como na decisão agravada, “a decisão objeto da execução foi prolatada já sob a vigência da Lei n. 9.250/1995 que instituiu a taxa Selic” (fl. 98). Ocorre, porém, que a sentença fixou a correção monetária pela UFIR, entendimento mantido pelo v. acórdão da apelação transitado em julgado, sem qualquer menção à Taxa Selic.

Dessarte, não merece prosperar o presente agravo. Com efeito, é pacífico o entendimento nesta egrégia Corte Superior de Justiça no sentido de que é inadmissível a alteração de índice, pelo juízo da execução, sobre o qual já existe pronunciamento jurisdicional definitivo no próprio processo de conhecimento.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 513.493-PR, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 1º.2.2005).

Dessarte, não há como prover o pleito em exame.

Passo a julgar o apelo da Fazenda Nacional, presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

O suposto excesso de execução (e, conseqüentemente, a possibilidade de se compensar os valores indevidamente retidos na fonte com aqueles restituídos em virtude da declaração de ajuste anual) diferentemente do afirmado pela Corte de origem, pode ser aventado em embargos à execução, não se observando na hipótese preclusão quanto ao tema. É o que se conclui da leitura do art. 741, V e VI, do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 741. Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre:

(...)

V - excesso da execução, ou nulidade desta até a penhora;

VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença;

(...)

Em caso análogo, a Exma. Sra. Min. Eliana Calmon assim se manifestou:

a discussão se trava em torno da alegação de excesso de execução, no qual entendo que pode a embargante, *Fazenda Nacional*, pretender, na apuração do *quantum debeatur* promovido com a liquidação, buscar a compensação do que já havia sido deduzido pela exeqüente sob o mesmo título - imposto de renda sobre verbas indenizatórias - na declaração anual do imposto de renda com os valores exeqüendos.

Isso porque, na liquidação, apenas materializa-se a contabilidade da relação jurídica discutida no processo de conhecimento, sendo direito do executado alegar, em embargos à execução fundada em título judicial, qualquer causa impeditiva ou extintiva da obrigação, a teor do art. 741, VI, do CPC.

O julgado em destaque recebeu a seguinte ementa:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Liquidação de sentença. Correção monetária. Expurgos inflacionários. Inexistência de ofensa à coisa julgada. Precedentes.

1. A aplicação de índices de correção monetária não contemplados na decisão exeqüenda, que melhor reflitam a realidade inflacionária, não constitui ofensa à coisa julgada, pois servirá apenas para recompor o efetivo valor aquisitivo da moeda.

2. É perfeitamente admissível a discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título, em execução fundada em título judicial. Interpretação do art. 741, VI, do CPC.

3. Recurso especial parcialmente provido (REsp n. 603.441-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 28.2.2005).

No mesmo sentido, confirmam-se: REsp n. 779.917-DF, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 6.3.2006; REsp n. 791.245-DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 20.2.2006; e REsp n. 742.242-DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 6.3.2006.

Portanto, merece guarida a pretensão recursal.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso especial interposto por Maria Newman Galvão Alves e outros e dou provimento ao apresentado pela Fazenda Nacional.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 854.957-DF (2006/0135685-0)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Fazenda Nacional
Procurador: Maria Dionne de Araújo Felipe e outro(s)
Recorrido: José Jorge Victor Garcia e outros
Advogada: Carolina Louzada Petrarca e outro(s)

EMENTA

Processo Civil. Imposto de renda. Embargos à execução. Violação dos arts. 458 e 535 do CPC. Súmula n. 284-STF. Compensação. Preclusão. Não-ocorrência.

1. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia” (Súmula n. 284 do STF).

2. A Primeira Seção do STJ pacificou entendimento de que é possível compensar valores de imposto de renda indevidamente retidos na fonte com valores apurados na declaração de ajuste anual, afastando a preclusão, quando a matéria é alegada em embargos à execução.

3. Recurso especial conhecido parcialmente e provido.

ACÓRDÃO

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2007 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 26.11.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Cuida-se de recurso especial interposto pela *Fazenda Nacional* com esteio no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e cuja ementa transcrevo a seguir:

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução de título judicial. Imposto de renda. Restituição de valores indevidamente cobrados sobre indenização de férias, licença-prêmio e abono assiduidade convertidos em pecúnia. Compensação de valores já restituídos nas declarações anuais de ajustes. Preclusão.

1. Nos casos em que não se verifica diferença a menor entre os valores originários encontrados nos cálculos realizados pela Fazenda Nacional e aqueles apontados pelo exeqüente, não há interesse de agir da embargante no que toca ao pedido de compensação, nada lhe aproveitando a compensação nos moldes propostos.

2. Apenas a existência de erros na apuração do valor a ser restituído à época do ajuste anual da declaração de imposto de renda ensejaria necessidade de compensação, devendo a matéria ser veiculada em momento próprio, na fase de conhecimento, não cabendo inovar por ocasião da execução.

3. Apelação da Fazenda Nacional não provida (fl. 101).

Sustenta a recorrente, em suas razões recursais, que foram vulnerados os artigos 458 e 535 do Código de Processo Civil e 741, incisos V e VI, do Código de Processo Civil, na medida em que a lei processual admite que os embargos à execução versem sobre excesso de execução, pagamento e compensação. Argumenta que, na hipótese dos autos, o excesso de execução ocorreu quando da inclusão em conta de liquidação de parcelas do imposto de renda retido na fonte incidente sobre verbas indenizatórias já restituídas pelo Fisco por força de declaração de ajuste anual. Argúi, ainda, que a referida inclusão em conta de liquidação propicia o enriquecimento sem causa dos recorridos.

Alega também que é possível a discussão do *quantum debeatur* em sede de embargos à execução, visto que o julgado declarou certo o direito à repetição. Entretanto, não fixou valores, que deverão ser apurados na fase de liquidação.

A fim de demonstrar o dissenso pretoriano, traz à colação acórdão do TRF da 5ª Região que diverge da orientação esposada pelo TRF da 1ª Região.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Preliminarmente, a União alega violação dos artigos 458 e 535 do CPC. Contudo, não demonstrou em que consistiu a alegada ofensa. A argumentação genérica de existência de nulidade do *decisum* em virtude de omissão, sem a exposição circunstanciada da matéria faltante, impede a apreciação do recurso nesse ponto. Incidência da Súmula n. 284-STF.

No mérito, o apelo reúne condições de êxito, tendo em vista que a Primeira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que é possível compensar valores de imposto de renda indevidamente retidos na fonte com valores apurados quando da ocasião do ajuste anual, em sede de embargos à execução.

A teor do art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil, dispositivo que permite a verificação de excesso de execução quando da apuração do *quantum debeatur*, na fase de liquidação da sentença, não há por que falar em preclusão quanto à dedução dos valores supostamente restituídos na ocasião do ajuste anual de imposto de renda.

Nesse sentido, merece destaque o seguinte julgado:

Tributário. Imposto de renda de pessoa física retido na fonte. Compensação com valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Não-ocorrência.

1. A Primeira Seção desta Corte reconheceu a possibilidade de compensação de valores de imposto de renda indevidamente retidos na fonte com valores apurados na declaração de ajuste anual, afastando a preclusão, quando a matéria é alegada em embargos à execução.

2. Firmou-se o entendimento nesse sentido, com fundamento no teor do art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil, que permite a parte, nos embargos à execução, alegar qualquer questão impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, inexistindo, assim, a preclusão quanto à verificação do excesso de execução quando da apuração do *quantum debeatur*, na fase de liquidação de sentença.

Embargos de divergência improvidos. (REsp n. 829.182-DF, relator Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJ de 14.5.2007.)

Ante o exposto, *conheço parcialmente do recurso e dou-lhe provimento.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.001.655-DF (2007/0255772-4)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Nilton Célio Locatelli e outro(s)

Claudio Xavier Seefelder Filho

Recorrido: Carlos Alberto Pereira e outros

Advogado: Ivo Evangelista de Ávila e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Tributário. Imposto de renda. Embargos à execução. Alegação de ausência de dedução de quantia retida na fonte e já restituída por conta de declaração de ajuste anual. Preclusão. Não ocorrência. Violação do art. 535 do CPC não configurada.

1. A repetição do indébito que desconsidera a restituição de imposto de renda, supostamente não abatida do *quantum* exequendo, configura excesso de execução (art. 741, V, do CPC). Com efeito, incorre em excesso quando se pretende executar quantia superior àquela constante do título. Nesse sentido, é assente na doutrina que:

“O excesso de execução (art. 741, 1ª parte) está definido no art. 743. A primeira hipótese corresponde, efetivamente, ao significado da palavra excesso. ‘Há excesso de execução’, diz o Código, ‘quando o credor pleiteia quantia superior à do título’ (art. 743, I). Nesse caso, se a única alegação dos embargos foi essa, temos uma hipótese de embargos ‘parciais’, de modo que, de acordo com o art. 739, § 2º, o processo de execução poderá prosseguir quanto à parte não embargada” (ARAKEN DE ASSIS e EDSON RIBAS MALACHINI, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, volume 10, Ed. Revista dos Tribunais, p. 563).

2. O excesso de execução manifesta-se quando a parte pretende executar quantia superior à dívida, assim considerado o *quantum* que despreza a imputação em pagamento. *In casu*, a sentença *exequenda* declarou o direito à restituição do imposto de renda outrora incidente

sobre verbas indenizatórias percebidas pelos ora recorrentes sem, contudo, fixar valores, que só vieram à tona com a liquidação da sentença.

3. É assente na doutrina que, em sendo a última oportunidade de suscitar a matéria, porquanto impossível de deduzi-la noutra processo, a exceção é tema dos embargos da executada.

4. O art. 741, VI, do CPC, por seu turno, ao dispor que causas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do direito do autor possam ser alegadas em sede de embargos à execução, *quando supervenientes à sentença*, não desconsidera o ato decisório da liquidação que, complementando a condenação, é passível de objeção em embargos, máxime com a eliminação da liquidação por cálculo (Precedentes: EDcl nos EREsp n. 963.216-DF, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Primeira Seção*, julgado em 27.8.2008, DJe 8.9.2008; EREsp n. 786.888-SC, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, julgado em 27.8.2008, DJe 9.9.2008; EREsp n. 829.182-DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Primeira Seção*, julgado em 25.4.2007, DJ 14.5.2007; EREsp n. 848.669-DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Primeira Seção*, julgado em 28.3.2007, DJe 1º.9.2008).

5. O art. 535 do CPC resta incólume se 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.

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro

Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 11 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 30.3.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pela União Federal, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo TRF da 1ª Região, assim ementado:

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução de título judicial. Imposto de renda. Restituição de valores indevidamente cobrados sobre indenização de férias, folgas e licenças-prêmio convertidas em pecúnia. Abatimento, na fase de execução, de valores já restituídos nas declarações anuais de ajuste. Impossibilidade. Aplicação da Selic.

1. Embora seja certo que a restituição de imposto de renda, em razão da declaração anual de ajuste, significa pagamento antecipado, que pode, em tese, ensejar pedido de abatimento do valor já restituído, o art. 741 do CPC, ao limitar a matéria dos embargos à execução, condiciona a alegação de pagamento, assim como de compensação, a que tais fatos sejam supervenientes ao acórdão, o que, *in casu*, não ocorre, posto que os valores que a Fazenda Nacional pretende compensar são relativos a exercícios anteriores à data em que foi prolatado o julgado exequendo.

2. Não se admite a aplicação da taxa Selic - que engloba juros e correção - em fase de execução do julgado, quando a sentença exequenda fixou juros de 1% e foi proferida posteriormente à Lei n. 9.250/1995, que instituiu referida taxa.

3. Apelação dos embargados provida, em parte.

Noticiam os autos que os ora recorridos apelaram em face de sentença que acolheu embargos à execução opostos pela Fazenda Nacional, com o fito de obter o reconhecimento da existência de excesso de execução na planilha de cálculos por eles apresentada, ao argumento de que houvera o pagamento parcial do valor executado quando da restituição de imposto de renda, por ocasião das declarações de ajuste anual, devendo tais valores ser compensados; bem

assim que a taxa Selic não poderia ser aplicada, uma vez que se trata de o título exequendo não autorizaria a sua aplicação, máxime por estar-se diante de juros compensatórios, e não moratórios.

A sentença acolheu os embargos, fixando o valor da execução em R\$ 96.298,79 (noventa e seis mil, duzentos e noventa e oito reais e setenta e nove centavos), de acordo com cálculos efetuados em 12/2001, condenando os embargados ao pagamento de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais) a título de honorários advocatícios.

Em seu apelo, os embargados alegaram que, na fase de conhecimento, a União não teria impugnado os documentos e planilhas apresentados, nem argüido a ausência das declarações de ajuste anual, não podendo agora fazê-lo, porquanto já transitado em julgado o título judicial. Ademais, sustentaram a legalidade da aplicação da taxa Selic, nos termos da Lei n. 9.250/1995.

O TRF da 1ª Região deu parcial provimento à apelação, nos termos da ementa retrotranscrita.

Foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados.

Nas razões recursais, sustentou a Fazenda Nacional violação dos arts. 458 e 535, 473 e 741, V e VI, do CPC, bem como dissídio jurisprudencial. Alegou a possibilidade de discussão quanto ao *quantum debeatur* em sede de embargos à execução, uma vez que o título judicial reconheceu o direito à repetição do indébito, não fixando quaisquer valores.

Foram apresentadas contra-razões ao apelo nobre, que recebeu crivo positivo de admissibilidade no Tribunal de origem.

Consoante despacho de fls. 282, reconheceu-se a existência de multiplicidade de recursos a respeito da matéria versada no processo, deflagrando-se o procedimento previsto no art. 543-C, do CPC, e do art. 2º, § 1º da Resolução n. 8, de 7 de agosto de 2008, do STJ. Em razão disso, determinou-se a vista dos autos ao Ministério Público, para pronunciamento, a comunicação do teor do referido despacho aos demais Ministros da Primeira Seção do STJ, e a suspensão do julgamento dos recursos especiais atinentes à mesma matéria.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela possibilidade de a Fazenda Pública, em sede de embargos à execução de restituição de indébito tributário, discutir a compensação de valores relativos ao imposto sobre a renda indevidamente retidos na fonte, com valores apurados na declaração de ajuste

anual, afastada a preclusão, em conformidade com a jurisprudência do STJ no julgamento do EREsp n. 786.888-SC, publicado em 9.9.2008.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, merece conhecimento o presente recurso especial, porquanto prequestionada a matéria federal suscitada.

No tocante à alegada violação dos arts. 458 e 535, do CPC, não procede a insurgência, uma vez que o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronunciou-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.

Cinge-se a atual controvérsia à forma de apuração do *quantum debeatur*, porquanto a sentença apenas determinou, de forma genérica, a repetição de valores indevidamente recolhidos a título de imposto de renda sobre verbas consideradas isentas.

A restituição de imposto de renda, supostamente não abatida do *quantum exequendo*, configura excesso de execução (art. 741, V, do CPC). Com efeito, incorre em excesso quando se pretende executar quantia superior àquela constante do título. Nesse sentido, veja-se o que assentou ARAKEN DE ASSIS e EDSON RIBAS MALACHINI, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, volume 10, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 563, *ipsis literis*:

O excesso de execução (art. 741, 1ª parte) está definido no art. 743. A primeira hipótese corresponde, efetivamente, ao significado da palavra excesso. "Há excesso de execução", diz o Código, "quando o credor pleiteia quantia superior à do título" (art. 743, I). Nesse caso, se a única alegação dos embargos foi essa, temos uma hipótese de embargos "parciais", de modo que, de acordo com o art. 739, § 2º, o processo de execução poderá prosseguir quanto à parte não embargada.

No que respeita à alegação da ocorrência de preclusão lógica, insta expor que, segundo o magistério de ENRICO TULLIO LIEBMAN, que adiante se transcreve, as questões alegáveis na sede dos embargos à execução são justamente aquelas surgidas posteriormente à prolação da sentença, bastando, para isso, que ainda não tenham sido suscitadas anteriormente a esse ato:

Os fatos aduzíveis pelo devedor em apoio de sua demanda, podem genericamente denominar-se “motivos de oposição”.

A palavra motivos não encerra, contudo, a significação técnica de que a repassam, por exemplo, na teoria dos meios de recurso quando se querem designar determinados vícios que se podem alegar contra a sentença recorrida.

Nessa matéria, os motivos não são mais que os fatos simples capazes de provar a existência do fato jurídico, que serve de fundamento à oposição e que é sempre e unicamente a inexistência do direito a uma prestação, seja porque este nunca surgiu, seja porque está atualmente extinto. Causa petendi da oposição de mérito é, portanto, a inexistência do crédito, a qual, por sua vez, não pode ter uma causa em vez de outra; por isso, o credor pode passar indiferentemente, e mesmo em grau de recurso, de um a outro motivo, sem que haja mudança de pedido. Rejeitada, porém, a oposição e declarada, pois, a existência do crédito, não poderá mais o devedor invocar sequer motivos diversos dos anteriormente examinados e excluídos pelo juiz, a menos que hajam sobrevindo à sentença de rejeição.

Tais regras sofrem, contudo, conforme a natureza dos fatos, algumas exceções.

Pode-se dar, com efeito, que a causa prejudicial destinada à declaração da inexistência do crédito tenha natureza constitutiva, e isso ocorre quando se alega um direito de impugnação contra um título executório representado por um ato jurídico (por exemplo, vício de consentimento do contrato-título executório). Nessa hipótese, a causa petendi é proporcionada pelo fato constitutivo do direito potestativo afirmado, e, então, não se poderá invocar no recurso uma causa de impugnação diversa de que se alegou na primeira instância, e, rejeitada a oposição, poderá propor-se de novo por outra causa. Ainda aqui, segundo a regra geral, poderá o credor obviar ao inconveniente da reiterada oposição requerendo, por via reconvenção, a declaração de validade do ato em questão (*in Embargos do Executado*, Ed. Bookseller, 1ª Edição, p. 228-230).

Há excesso de execução quando a parte pretende executar quantia superior à dívida, assim considerado o *quantum* que despreza a imputação em pagamento. *In casu*, a sentença exequenda declarou o direito à restituição do imposto de renda outrora incidente sobre verbas indenizatórias percebidas pelos ora recorridos sem, contudo, fixar valores, que só vieram à tona com a liquidação da sentença.

É assente na doutrina que, em sendo a última oportunidade de suscitar a matéria, porquanto impossível de deduzi-la noutro processo, a exceção é tema dos embargos da executada. Destarte, não há configuração de preclusão, na medida em que o *quantum* exequendo se condicionou a procedimento de liquidação de sentença, sendo os embargos à execução a primeira oportunidade da recorrente impugnar a conta.

Não obstante o art. 741, VI, do CPC, dispor que causas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do autor possam ser alegadas em sede de embargos à execução *quando supervenientes à sentença*, a exegese do dispositivo não desconsidera o ato decisório da liquidação que, complementando a condenação, é passível de objeção em embargos, máxime com a eliminação da liquidação por cálculo. Esse é o posicionamento assente na corte que se extrai dos seguintes julgados:

Processual Civil. Embargos à execução. alegação de cumprimento parcial da obrigação objeto da sentença exequenda. Excesso de execução. Possibilidade. Inexistência de preclusão.

1. O art. 741, VI do CPC considera ser matéria suscetível de embargos à execução qualquer fato superveniente à sentença que importe a satisfação, parcial ou integral, da obrigação objeto da sentença exequenda. Conforme assentado em precedente análogo, "há excesso de execução quando a parte pretende executar quantia superior à dívida, assim, considerado o *quantum* que despreza a imputação em pagamento. *In casu*, a sentença exequenda declarou o direito à restituição do imposto de renda outrora incidente sobre verbas indenizatórias percebidas pelos ora recorrentes sem, contudo, fixar valores que só vieram à tona com a liquidação da sentença" (REsp n. 742.242-DF, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, DJ de DJ 24.10.2005).

2. Eventual abatimento do indébito mediante declaração anual de ajuste constitui causa superveniente modificativa da obrigação objeto da sentença condenatória (de restituir valores indevidamente retidos na fonte). Tal matéria se comporta no âmbito dos embargos à execução.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental e, como tal, improvido.

(EDcl nos EREsp n. 963.216-DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 27.8.2008, DJe 8.9.2008)

Tributário. Imposto de renda de pessoa física retido na fonte. Compensação com valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Não-ocorrência.

1. A Primeira Seção desta Corte reconheceu a possibilidade de compensação de valores de imposto de renda indevidamente retidos na fonte com valores apurados na declaração de ajuste anual, afastando a preclusão, quando a matéria é alegada em embargos à execução.

2. Firmou-se o entendimento nesse sentido, com fundamento no teor do art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil, que permite a parte, nos embargos à execução, alegar qualquer questão impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, inexistindo, assim, a preclusão quanto à verificação do excesso de

execução quando da apuração do *quantum debeat*, na fase de liquidação de sentença.

3. O fato de caber à União a apresentação das declarações de ajuste anual, a fim de demonstrar fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito à restituição dos valores indevidamente retidos a título de IRPF, não exclui a possibilidade de apuração do *quantum debeat*, na fase de liquidação de sentença.

4. Embargos de divergência providos.

(REsp n. 786.888-SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 27.8.2008, DJe 9.9.2008)

Tributário. Imposto de renda de pessoa física retido na fonte. Compensação com valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Não-ocorrência.

1. A Primeira Seção desta Corte reconheceu a possibilidade de compensação de valores de imposto de renda indevidamente retidos na fonte com valores apurados na declaração de ajuste anual, afastando a preclusão, quando a matéria é alegada em embargos à execução.

2. Firmou-se o entendimento nesse sentido, com fundamento no teor do art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil, que permite a parte, nos embargos à execução, alegar qualquer questão impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, inexistindo, assim, a preclusão quanto à verificação do excesso de execução quando da apuração do *quantum debeat*, na fase de liquidação de sentença.

Embargos de divergência improvidos.

(REsp n. 829.182-DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 25.4.2007, DJ 14.5.2007 p. 243)

Processual Civil e Tributário. Embargos de divergência. Imposto de renda. Embargos à execução. Excesso de execução. Compensação com o valor apurado na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Preclusão. Inocorrência.

1. Hipótese em que, configurada, à época, a divergência entre o acórdão embargado (que entende possível argüir-se a extinção do crédito por compensação de valores retidos na fonte, a título de Imposto de Renda, com aqueles restituídos, quando do ajuste anual das declarações dos exequentes, em Embargos à Execução, sem ofensa ao instituto da preclusão) e o acórdão paradigmático (que preconiza, em caso análogo, a ofensa ao instituto da coisa julgada), é de se aplicar o posicionamento pacificado na Primeira Seção, no sentido do acórdão recorrido.

2. "É perfeitamente admissível a discussão quanto à compensação da quantia objeto da restituição do indébito tributário com valores recolhidos em período anterior sob o mesmo título, em execução fundada em título judicial.

Interpretação do art. 741, VI, do CPC." (REsp n. 779.917-DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ de 1º.8.2006).

3. Embargos Divergência não providos.

(REsp n. 848.669-DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 28.3.2007, DJe 1º.9.2008)

Execução de sentença. Calculo da dívida. Falta de impugnação. Excesso de execução. Embargos do devedor. Intimado o devedor do requerimento de execução da sentença e da planilha de atualização da dívida apresentada pela credora, pode ele reservar-se para impugnar o calculo nos embargos (Art. 741, V, do CPC), pois inexistente uma fase previa para liquidação de dívida que se incluía na hipótese do art. 604 do CPC. Recurso conhecido e provido (REsp n. 155.037-RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, DJ 19 de fevereiro de 1998).

Ex positis, dou parcial provimento ao recurso especial.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, bem como aos Tribunais Regionais Federais, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução n. 8/2008).

É como voto.



Índice Analítico

A

Ação de exibição de documentos - Requisito de procedibilidade - Certidão - Fornecimento - Custo do serviço - Pagamento - Comprovação - Necessidade - Lei n. 6.404/1976, art. 100, § 1º - Lei n. 9.457/1997, art. 1º - Sociedade anônima. Súmula n. 389-STJ. RSSTJ 36/51.

C

CC/1916, art. 159 - Cheque - Devolução indevida - **Dano moral** - Caracterização. Súmula n. 388-STJ. RSSTJ 36/11.

Certidão - Fornecimento - **Ação de exibição de documentos** - Requisito de procedibilidade - Custo do serviço - Pagamento - Comprovação - Necessidade - Lei n. 6.404/1976, art. 100, § 1º - Lei n. 9.457/1997, art. 1º - Sociedade anônima. Súmula n. 389-STJ. RSSTJ 36/51.

Certidão de Dívida Ativa (CDA) - Substituição - Critérios - CTN, art. 202 - **Execução fiscal** - Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 8º. Súmula n. 392-STJ. RSSTJ 36/281.

Cheque - Devolução indevida - CC/1916, art. 159 - **Dano moral** - Caracterização. Súmula n. 388-STJ. RSSTJ 36/11.

CPC, art. 543-C - Energia elétrica - Valor da tarifa - Potência efetivamente utilizada - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Incidência - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 391-STJ. RSSTJ 36/161.

CPC, art. 543-C - Exceção de pré-executividade - Cabimento - Critérios - **Execução fiscal** - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 393-STJ. RSSTJ 36/367.

CPC, arts. 543-C e 741, VI - **Embargos à execução** - Imposto de Renda (IR) - Compensação - Possibilidade - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 394-STJ. RSSTJ 36/435.

CTN, art. 202 - Certidão de Dívida Ativa (CDA) - Substituição - Critérios - **Execução fiscal** - Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 8º. Súmula n. 392-STJ. RSSTJ 36/281.

Custo do serviço - Pagamento - Comprovação - Necessidade - **Ação de exibição de documentos** - Requisito de procedibilidade - Certidão - Fornecimento - Lei n. 6.404/1976, art. 100, § 1º - Lei n. 9.457/1997, art. 1º - Sociedade anônima. Súmula n. 389-STJ. RSSTJ 36/51.

D

Dano moral - Caracterização - CC/1916, art. 159 - Cheque - Devolução indevida. Súmula n. 388-STJ. RSSTJ 36/11.

Decisão - Maioria - Embargos infringentes - Não-cabimento - **Reexame necessário**. Súmula n. 390-STJ. RSSTJ 36/103.

E

Embargos à execução - CPC, arts. 543-C e 741, VI - Imposto de Renda (IR) - Compensação - Possibilidade - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 394-STJ. RSSTJ 36/435.

Embargos infringentes - Não-cabimento - Decisão - Maioria - **Reexame necessário**. Súmula n. 390-STJ. RSSTJ 36/103.

Energia elétrica - Valor da tarifa - Potência efetivamente utilizada - CPC, art. 543-C - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Incidência - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 391-STJ. RSSTJ 36/161.

Exceção de pré-executividade - Cabimento - Critérios - CPC, art. 543-C - **Execução fiscal** - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 393-STJ. RSSTJ 36/367.

Execução fiscal - Certidão de Dívida Ativa (CDA) - Substituição - Critérios - CTN, art. 202 - Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 8º. Súmula n. 392-STJ. RSSTJ 36/281.

Execução fiscal - CPC, art. 543-C - Exceção de pré-executividade - Cabimento - Critérios - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 393-STJ. RSSTJ 36/367.

I

Imposto de Renda (IR) - Compensação - Possibilidade - CPC, arts. 543-C e 741, VI - **Embargos à execução** - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 394-STJ. RSSTJ 36/435.

Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Incidência - CPC, art. 543-C - Energia elétrica - Valor da tarifa - Potência efetivamente utilizada - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 391-STJ. RSSTJ 36/161.

L

Lei n. 6.404/1976, art. 100, § 1º - **Ação de exibição de documentos** - Requisito de procedibilidade - Certidão - Fornecimento - Custo do serviço - Pagamento - Comprovação - Necessidade - Lei n. 9.457/1997, art. 1º - Sociedade anônima. Súmula n. 389-STJ. RSSTJ 36/51.

Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 8º - Certidão de Dívida Ativa (CDA) - Substituição - Critérios - CTN, art. 202 - **Execução fiscal**. Súmula n. 392-STJ. RSSTJ 36/281.

Lei n. 9.457/1997, art. 1º - **Ação de exibição de documentos** - Requisito de procedibilidade - Certidão - Fornecimento - Custo do serviço - Pagamento - Comprovação - Necessidade - Lei n. 6.404/1976, art. 100, § 1º - Sociedade anônima. Súmula n. 389-STJ. RSSTJ 36/51.

R

Reexame necessário - Decisão - Maioria - Embargos infringentes - Não-cabimento. Súmula n. 390-STJ. RSSTJ 36/103.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - CPC, art. 543-C - Energia elétrica - Valor da tarifa - Potência efetivamente utilizada - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Incidência. Súmula n. 391-STJ. RSSTJ 36/161.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - CPC, art. 543-C - Exceção de pré-executividade - Cabimento - Critérios - **Execução fiscal**. Súmula n. 393-STJ. RSSTJ 36/367.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - CPC, arts. 543-C e 741, VI - **Embargos à execução** - Imposto de Renda (IR) - Compensação - Possibilidade. Súmula n. 394-STJ. RSSTJ 36/435.

S

Sociedade anônima - **Ação de exibição de documentos** - Requisito de procedibilidade - Certidão - Fornecimento - Custo do serviço - Pagamento - Comprovação - Necessidade - Lei n. 6.404/1976, art. 100, § 1º - Lei n. 9.457/1997, art. 1º. Súmula n. 389-STJ. RSSTJ 36/51.

Súmula n. 388-STJ - CC/1916, art. 159 - Cheque - Devolução indevida - **Dano moral** - Caracterização. RSSTJ 36/11.

Súmula n. 389-STJ - **Ação de exibição de documentos** - Requisito de procedibilidade - Certidão - Fornecimento - Custo do serviço - Pagamento - Comprovação - Necessidade - Lei n. 6.404/1976, art. 100, § 1º - Lei n. 9.457/1997, art. 1º - Sociedade anônima. RSSTJ 36/51.

Súmula n. 390-STJ - Decisão - Maioria - Embargos infringentes - Não-cabimento - **Reexame necessário**. RSSTJ 36/103.

Súmula n. 391-STJ - CPC, art. 543-C - Energia elétrica - Valor da tarifa - Potência efetivamente utilizada - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Incidência - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. RSSTJ 36/161.

Súmula n. 392-STJ - Certidão de Dívida Ativa (CDA) - Substituição - Critérios - CTN, art. 202 - **Execução fiscal** - Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 8º. RSSTJ 36/281.

Súmula n. 393-STJ - CPC, art. 543-C - Exceção de pré-executividade - Cabimento - Critérios - **Execução fiscal** - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. RSSTJ 36/367.

Súmula n. 394-STJ - CPC, arts. 543-C e 741, VI - **Embargos à execução** - Imposto de Renda (IR) - Compensação - Possibilidade - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. RSSTJ 36/435.



Índice Sistemático

SÚMULA N. 388

REsp 240.202-MA.....	Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira..	RSSTJ 36/15
REsp 299.611-MA.....	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior.....	RSSTJ 36/20
REsp 434.518-MG	Rel. Min. Castro Filho.....	RSSTJ 36/23
REsp 453.233-MG	Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa	RSSTJ 36/27
REsp 576.520-PB	Rel. Min. Barros Monteiro	RSSTJ 36/31
REsp 620.695-SP.....	Rel. Min. Nancy Andrichi	RSSTJ 36/35
REsp 857.403-RJ	Rel. Min. Jorge Scartezzini	RSSTJ 36/39
REsp 888.987-SP.....	Rel. Min. Jorge Scartezzini	RSSTJ 36/44

SÚMULA N. 389

AgRg no REsp 920.221-RS...	Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa	RSSTJ 36/55
AgRg no REsp 921.266-RS...	Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa	RSSTJ 36/58
AgRg no REsp 922.080-RS...	Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa	RSSTJ 36/62
AgRg no REsp 925.266-RS...	Rel. Min. Ari Pargendler	RSSTJ 36/65
AgRg no REsp 935.796-RS...	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior.....	RSSTJ 36/67
AgRg no REsp 940.698-RS...	Rel. Min. Sidnei Beneti	RSSTJ 36/70
REsp 939.337-RS	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior.....	RSSTJ 36/72
REsp 943.532-RS	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior.....	RSSTJ 36/77
REsp 972.402-RS	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior.....	RSSTJ 36/86
REsp 982.133-RS	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior.....	RSSTJ 36/94

SÚMULA N. 390

AgRg no Ag 185.889-RS.....	Rel. Min. Edson Vidigal.....	RSSTJ 36/107
EResp 168.837-RJ.....	Rel. Min. Hamilton Carvalhido.....	RSSTJ 36/110

EREsp 823.905-SC.....	Rel. Min. Luiz Fux	RSSTJ 36/118
REsp 86.473-PR.....	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros..	RSSTJ 36/124
REsp 226.053-PI	Rel. Min. Fernando Gonçalves	RSSTJ 36/133
REsp 226.253-RN	Rel. Min. Milton Luiz Pereira	RSSTJ 36/139
REsp 402.970-RS	Rel. Min. Felix Fischer.....	RSSTJ 36/148
REsp 511.830-RS	Rel. Min. Jorge Scartezini	RSSTJ 36/156

SÚMULA N. 391

AgRg no Ag 707.491-SC.....	Rel. Min. Castro Meira.....	RSSTJ 36/165
AgRg no REsp 797.826-MT .	Rel. Min. Luiz Fux	RSSTJ 36/169
AgRg no REsp 855.929-SC...	Rel. Min. Francisco Falcão.....	RSSTJ 36/184
REsp 222.810-MG	Rel. Min. Milton Luiz Pereira	RSSTJ 36/187
REsp 343.952-MG	Rel. Min. Eliana Calmon.....	RSSTJ 36/208
REsp 579.416-ES	Rel. Min. Teori Albino Zavascki.....	RSSTJ 36/212
REsp 647.553-ES	Rel. Min. José Delgado	RSSTJ 36/226
REsp 960.476-SC	Rel. Min. Teori Albino Zavascki.....	RSSTJ 36/248

SÚMULA N. 392

AgRg no Ag 771.386-BA	Rel. Min. Denise Arruda	RSSTJ 36/285
AgRg no Ag 815.732-BA	Rel. Min. Denise Arruda	RSSTJ 36/288
AgRg no Ag 888.479-BA	Rel. Min. José Delgado	RSSTJ 36/292
EDcl no REsp 820.249-RS....	Rel. Min. Eliana Calmon.....	RSSTJ 36/297
EREsp 823.011-RS.....	Rel. Min. Castro Meira.....	RSSTJ 36/302
EREsp 839.824-RS.....	Rel. Min. Castro Meira.....	RSSTJ 36/310
REsp 750.248-BA.....	Rel. Min. Teori Albino Zavascki.....	RSSTJ 36/320
REsp 829.455-BA.....	Rel. Min. Castro Meira.....	RSSTJ 36/324
REsp 837.250-RS	Rel. Min. Eliana Calmon.....	RSSTJ 36/328
REsp 837.364-RS	Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSSTJ 36/338
REsp 897.357-RS	Rel. Min. Teori Albino Zavascki.....	RSSTJ 36/345
REsp 902.357-RS	Rel. Min. Luiz Fux	RSSTJ 36/349
REsp 904.475-RS	Rel. Min. Teori Albino Zavascki.....	RSSTJ 36/361

SÚMULA N. 393

AgRg no Ag 1.060.318-SC....	Rel. Min. Luiz Fux	RSSTJ 36/371
AgRg no REsp 448.268-RS...	Rel. Min. Teori Albino Zavascki.....	RSSTJ 36/381
AgRg no REsp 536.505-RJ....	Rel. Min. Francisco Falcão.....	RSSTJ 36/383
AgRg no REsp 778.467-SP ...	Rel. Min. Mauro Campbell Marques.....	RSSTJ 36/387
AgRg no REsp 987.231-SP ...	Rel. Min. Humberto Martins	RSSTJ 36/391
EREsp 866.632-MG.....	Rel. Min. José Delgado	RSSTJ 36/395
REsp 287.515-SP.....	Rel. Min. Eliana Calmon.....	RSSTJ 36/405
REsp 541.811-PR.....	Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSSTJ 36/412
REsp 1.104.900-ES.....	Rel. Min. Denise Arruda	RSSTJ 36/418
REsp 1.110.925-SP	Rel. Min. Teori Albino Zavascki.....	RSSTJ 36/425

SÚMULA N. 394

AgRg no REsp 980.107-DF .. Rel. Min. Francisco Falcão.....	RSSTJ 36/439
EDcl nos EREsp 963.216-DF . Rel. Min. Teori Albino Zavascki.....	RSSTJ 36/444
EREsp 779.917-DF Rel. Min. Eliana Calmon.....	RSSTJ 36/448
EREsp 786.888-SC..... Rel. Min. Mauro Campbell Marques.....	RSSTJ 36/455
EREsp 829.182-DF Rel. Min. Humberto Martins	RSSTJ 36/461
EREsp 848.669-DF Rel. Min. Herman Benjamin	RSSTJ 36/465
REsp 778.110-DF..... Rel. Min. Castro Meira.....	RSSTJ 36/470
REsp 854.957-DF..... Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSSTJ 36/476
REsp 1.001.655-DF..... Rel. Min. Luiz Fux	RSSTJ 36/479



Siglas e Abreviaturas

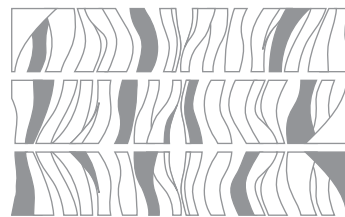
AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Argüição de Inconstitucionalidade
ANA	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCm	Código Comercial
Cm	Comercial
CNE	Conselho Nacional de Educação
Com	Comunicação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
CR	Carta Rogatória
CRI	Carta Rogatória Impugnada
Ct	Constitucional
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
Cv	Civil
D	Decreto
DL	Decreto-Lei

DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EAg	Embargos de Divergência no Agravo
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl	Embargos de Declaração
EJSTJ	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
El	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ERMS	Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
ExecAR	Execução em Ação Rescisória
ExecMC	Execução em Medida Cautelar
ExecMS	Execução em Mandado de Segurança
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HD	<i>Habeas Data</i>
HSE	Homologação de Sentença Estrangeira
IDC	Incidente de Deslocamento de Competência
IExec	Incidente de Execução
IF	Intervenção Federal
IJ	Interpelação Judicial
Inq	Inquérito
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
IUJ	Incidente de Uniformização de Jurisprudência
LC	Lei Complementar

LCP	Lei das Contravenções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
MC	Ministério das Comunicações
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
NC	Notícia-Crime
PA	Processo Administrativo
Pet	Petição
PEExt	Pedido de Extensão
Pn	Penal
Prc	Precatório
PrCv	Processual Civil
PrPn	Processual Penal
Pv	Previdenciário
QO	Questão de Ordem
R	Revista do Superior Tribunal de Justiça
Rcl	Reclamação
RD	Reconsideração de Despacho
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RHD	Recurso em <i>Habeas Data</i>
RMI	Recurso em Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal

SIGLAS E ABREVIATURAS

S	Súmula
SAF	Secretaria de Administração Federal
Sd	Sindicância
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SF	Senado Federal
SL	Suspensão de Liminar
SLS	Suspensão de Liminar e de Sentença
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário



**Repositórios Autorizados e Credenciados pelo
Superior Tribunal de Justiça**

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01. Lex - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.
02. Revista de Direito Administrativo - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 2 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 05.09.2007 - DJ 19.09.2007.
03. Revista LTr - Legislação do Trabalho - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 26.08.1985 - DJ 28.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.
04. Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 09.09.1985 - DJ 12.09.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1, de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
05. Julgados dos Tribunais Superiores - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria n. 7 de 06.11.1987 - DJ 10.11.1987 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.
06. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - Portaria n. 1 de 29.11.1989 - DJ 1º.12.1989 - **Registro alterado/retificado** - Portaria n. 3 de 19.06.2002 - DJ de 25.06.2002.
07. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Portaria n. 1 de 08.02.1990 - DJ 12.02.1990 - **Registro alterado** - Portaria n. 3 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.
08. Revista Jurídica Mineira - Portaria n. 3 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 13.05.1999 - DJ 04.06.1999.
09. Revista Jurídica - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editada pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 4 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990.
10. Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul - Portaria n. 5 de 02.05.1990 - DJ 09.05.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000.
11. Revista de Processo - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 6 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.
12. Revista de Direito Civil - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 7 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 06.06.2000 - DJ 09.06.2000.
13. Revista dos Tribunais - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 8 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.

14. Revista de Direito Público - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 9 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001.
15. Revista Ciência Jurídica - editada pela Editora Nova Alvorada Edições Ltda. - Portaria n. 10 de 21.08.1990 - DJ 24.08.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.
16. Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 12 de 10.09.1990 - DJ 12.09.1990.
17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 13, de 17.12.1990 - DJ 19.12.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 10 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
18. Jurisprudência Catarinense - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 22.05.1991 - DJ 27.05.1991.
19. Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3, de 16.09.1991 - DJ 20.09.1991 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
20. Lex - Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1, de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6, de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
21. Jurisprudência do Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000.
22. Lex - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 3 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.
23. Revista de Previdência Social - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 4 de 20.04.1992 - DJ 24.04.1992.
24. Revista Forense - editada pela Editora Forense - Portaria n. 5 de 22.06.1992 - DJ 06.07.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.
25. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria n. 6 de 06.11.1992 - DJ 10.11.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.
26. Série - Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - Portaria n. 1 de 18.02.1993 - DJ 25.02.1993 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.
27. Revista Ata - Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 2 de 11.02.1994 - DJ 18.02.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.05.1999 - DJ 18.05.1999.

28. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - editada pela Livraria do Advogado Ltda. - Portaria n. 3 de 02.03.1994 - DJ 07.03.1994.
29. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 4, de 15.06.1994 - DJ 17.06.1994.
30. Genesis - Revista de Direito do Trabalho - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 5 de 14.09.1994 - DJ 16.09.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
31. Decisório Trabalhista - editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda. - Portaria n. 6 de 02.12.1994 - DJ 06.12.1994.
32. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo - Portaria n. 1 de 18.12.1995 - DJ 20.12.1995 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
33. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Portaria n. 1, de 11.04.1996 - DJ 22.04.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 18.06.2010 - DJe 22.06.2010.
34. Lex - Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 29.04.1996 - DJ 02.05.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 11 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
35. Revista de Direito Renovar - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 3 de 12.08.1996 - DJ 15.08.1996.
36. Revista Dialética de Direito Tributário - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 16.06.1997 - DJ 23.06.1997.
37. Revista do Ministério Público - Portaria n. 1 de 26.10.1998 - DJ 05.11.1998 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
38. Revista Jurídica Consulex - editada pela Editora Consulex Ltda. - Portaria n. 1 de 04.02.1999 - DJ 23.02.1999 - Republicada em 25.02.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.
39. Genesis - Revista de Direito Processual Civil - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 2 de 12.04.1999 - DJ 15.04.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
40. Jurisprudência Brasileira Criminal - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6, de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
41. Jurisprudência Brasileira Trabalhista - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 7 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.

42. Revista de Estudos Tributários - editada pela marca SÍNTESE, de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 8 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
43. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Editora Brasília Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 29.06.1999 - DJ 05.07.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.
44. Revista Interesse Público - editada pela Editora Fórum Ltda. - Portaria n. 1 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000.
45. Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
46. Revista SÍNTESE Direito de Família - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.03.2000 - DJ 03.04.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 2 de 14.09.2009 - DJe 15.09.2009 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
47. Revista ADCOAS Previdenciária - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 5 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
48. Revista ADCOAS Trabalhista - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 6 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 7, de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
49. Revista de Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 7 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
50. Revista SÍNTESE Direito Penal e Processual Penal - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
51. Revista Tributária e de Finanças Públicas - editada pela Editora Revista dos Tribunais - Portaria n. 6 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001.
52. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência - editada pela Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 08.04.2002 - DJ 02.05.2002 - Republicada em 19.04.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 31.07.2009 - DJe 05.08.2009.
53. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região - Portaria n. 2 de 23.04.2002 - DJ 02.05.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 18.04.2010.
54. Revista Dialética de Direito Processual - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 30.06.2003 - DJ 07.07.2003.

55. Revista Juris Plenum - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 1 de 23.05.2005 - DJ 30.05.2005.
56. Revista Bonijuris - versão impressa - co-editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Associação dos Magistrados Catarinense (AMC) e Associação dos Magistrados do Trabalho IX e XII (Amatra) - Portaria n. 2 de 18.10.2005 - DJ 27.10.2005.
57. Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 3 de 16.12.2005 - DJ 08.02.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 12.12.2011 - DJe 14.12.2011.
58. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 02.08.2006 - DJ 09.08.2006.
59. CD-ROM - Jur Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 5 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006.
60. DVD - Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 6, de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006.
61. Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris - editada pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 7 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
62. CD-ROM - Gazetajuris - editado pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 8 de 02.10.2006 - DJ 04.10.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 12.11.2008 - DJe 17.11.2008.
63. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 1 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
64. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 2 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
65. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 10.10.2008 - DJe 15.10.2008.
66. Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários - editada pela MP Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 30.10.2008 - DJe 07.11.2008.
67. Portal da Rede Mundial de Computadores “editoramagister.com” - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 7 de 15.12.2008 - DJe 17.12.2008.
68. “Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_da_jurisprudencia/ - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Grande do Sul - Portaria n. 1 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 4 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.
69. Portal da Rede Mundial de Computadores - “jurisprudência-online” - editada pela Associação dos Advogados de São Paulo - Portaria n. 2 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010.

70. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.trf5.jus.br/revista_jurisprudencia/ - editado pelo Tribunal Federal Regional da 5ª Região - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 13.04.2010.

71. DVD ROM Datadez - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editado pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 7 de 10.09.2010 - DJe 14.09.2010 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

72. Portal da Rede Mundial de Computadores - “Plenum On-line” - endereço “www.plenum.com.br” - editado pela Plenum Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 31.01.2011 - DJe 02.02.2011.

73. DVD-ROM - Juris Síntese DVD - editado pela marca “Síntese”, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 31.01.2011 - DJe 02.02.2011.

74. Portal da Rede Mundial de Computadores - “JURIS SÍNTESE ONLINE” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

75. Portal da Rede Mundial de Computadores - “SINTESENET” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4, de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

76. DVD-ROM Juris Plenum Ouro - de responsabilidade da Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 7 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

77. CD-ROM “JURID - Biblioteca Jurídica Digital”, versão “Jurid Premium” - de propriedade da JURID Publicações Eletrônicas Ltda. - Portaria n. 1 de 07.05.2012 - DJe 09.05.2012.

78. Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://coad.com.br/juridico> - produto “COAD/ADV/CT - Advocacia Dinâmica e Consultoria Trabalhista”, de propriedade da Atualização Profissional COAD Ltda. - Portaria n. 1, de 28.02.2013 - DJe 04.03.2013.

Projeto gráfico

Coordenadoria de Programação Visual - STJ

Editoração

Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Impressão

Capa: Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF

Miolo: Seção de Reprografia e Encadernação - STJ