



Súmula n. 456

SÚMULA N. 456

É incabível a correção monetária dos salários de contribuição considerados no cálculo do salário de benefício de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão ou auxílio-reclusão concedidos antes da vigência da CF/1988.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 5.890/1973, art. 3º.

Decreto-Lei n. 710/1969, art. 1º.

CLPS/1976, art. 26, expedida pelo Decreto n. 77.077/1976.

Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, art. 37, aprovado pelo Decreto n. 83.080/1979.

CLPS/1984, art. 21, expedida pelo Decreto n. 89.312/1984.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

(*)REsp	1.113.983-RN	(3ª S, 28.04.2010 – DJe 05.05.2010) – acórdão publicado na íntegra
REsp	313.296-SP	(5ª T, 26.02.2002 – DJ 25.03.2002)
EDcl no REsp	312.163-SP	(5ª T, 05.03.2002 – DJ 08.04.2002)
REsp	353.678-SP	(5ª T, 04.06.2002 – DJ 1º.07.2002)
REsp	523.907-SP	(5ª T, 02.10.2003 – DJ 24.11.2003)
REsp	174.922-SP	(6ª T, 20.08.1998 – DJ 21.09.1998)
REsp	266.667-SP	(6ª T, 26.09.2000 – DJ 16.10.2000)

(*) Recurso repetitivo.

Terceira Seção, em 25.8.2010

DJe 8.9.2010

RECURSO ESPECIAL N. 1.113.983-RN (2009/0079094-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Risoneide Gonçalves de Andrade e outro(s)

Recorrido: Rita Cosme da Silva

Advogado: José Maria Gama da Camara e outro(s)

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RESOLUÇÃO STJ N.08/2008. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ CONCEDIDA ANTES DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. CORREÇÃO MONETÁRIA DOS 24 (VINTE E QUATRO) SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO ANTERIORES AOS 12 (DOZE) ÚLTIMOS, PELA VARIAÇÃO DA ORTN/OTN. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. ATUALIZAÇÃO INDEVIDA.

1. A Constituição Federal de 1988, em dispositivo não dotado de auto-aplicabilidade, inovou no ordenamento jurídico ao assegurar, para os benefícios concedidos após a sua vigência, a correção monetária de todos os salários-de-contribuição considerados no cálculo da renda mensal inicial.

2. Quanto aos benefícios concedidos antes da promulgação da atual Carta Magna, aplica-se a legislação previdenciária então vigente, a saber, Decreto-Lei n. 710/69, Lei n. 5.890/73, Decreto n. 83.080/79, CLPS/76 (Decreto n. 77.077/76) e CLPS/84 (Decreto n. 89.312/84), que determinava atualização monetária apenas para os salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos meses, de acordo com os coeficientes de reajustamento estabelecidos pelo MPAS, e, a partir da Lei n. 6.423/77, pela variação da ORTN/OTN.

3. Conforme previsto nessa legislação, a correção monetária alcançava a aposentadoria por idade, a aposentadoria por tempo de serviço, a aposentadoria especial e o abono de permanência em

serviço, cujos salários-de-benefício eram apurados pela média dos 36 (trinta e seis) últimos salários-de-contribuição, o que resultava na correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos.

4. Contudo, não havia amparo legal para correção dos salários-de-contribuição considerados no cálculo do auxílio-doença, da aposentadoria por invalidez, da pensão e do auxílio-reclusão, cujas rendas mensais iniciais eram apuradas com base na média apenas dos últimos 12 (doze) salários-de-contribuição.

5. Assim, esta Corte Superior de Justiça, interpretando os diplomas legais acima mencionados, firmou diretriz jurisprudencial – que ora se reafirma – no sentido de ser *incabível a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos, quando o pedido de revisão se referir ao auxílio-doença, à aposentadoria por invalidez, à pensão e ao auxílio-reclusão*, concedidos antes da vigente Lei Maior.

6. *In casu*, trata-se de aposentadoria por invalidez concedida em 1984, não subsistindo, portanto, o entendimento de atualização monetária dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos pela variação da ORTN/OTN.

7. Recurso especial provido. Jurisprudência do STJ reafirmada. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 08/2008.

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 unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Felix Fischer.

A Dra. Karina Teixeira de Azevedo sustentou oralmente pelo recorrente.
Brasília (DF), 28 de abril de 2010 (data do julgamento).
Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 5.5.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ementado, essencialmente, nos seguintes termos, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APLICABILIDADE AOS BENEFÍCIOS JÁ CONCEDIDOS ANTES DA PROMULGAÇÃO DA CF/88. INCIDÊNCIA DA ORTN/OTN. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA 204/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111/STJ.

[...]

3. *Benefício de Aposentadoria por Invalidez concedido em tempo anterior à vigência da Constituição Federal de 1988. Aplicabilidade da variação da ORTN/OTN como indexador para a apuração da RMI, a incidir sobre a média dos vinte e quatro salários-de-contribuição anteriores aos doze últimos. Precedentes do STJ. Devem, ainda, ser observados na revisão, os critérios estabelecidos na Súmula 260/TFR, no art. 58 do ADCT e na Lei n. 8.213/91 e legislação posterior que trata da matéria.*

4. *Inexistência de óbice legal à revisão da Renda Mensal Inicial do benefício (RMI) de aposentadoria por invalidez da Autora concedido a partir de 1º.1.1984, vez que este teve início antes da Constituição de 1988, nos termos da Lei n. 6.423/77.*

[...]

6. *Honorários advocatícios à base de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, com observância dos limites da Súmula 111/STJ. Apelação do INSS, Remessa Oficial e Apelação da Autora providas em parte.” (fls. 164/165)*

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados (fls. 173/181).

Alega a Autarquia Previdenciária que o acórdão impugnado violou o artigo 21, inciso I e § 1º, do Decreto n. 89.312/84, ao determinar a correção monetária dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos,

pela variação da ORTN/OTN, no cálculo do benefício da Recorrida, qual seja, aposentadoria por invalidez concedida antes da Constituição Federal de 1988.

Sustenta, ainda, ocorrência de dissídio pretoriano entre o aresto vergastado e julgado desta Corte.

Não foram apresentadas as contrarrazões.

Diante da multiplicidade de recursos especiais que veiculam a matéria, o Vice-Presidente da Corte de origem, com fulcro na Resolução n. 08/2008 desta Corte, admitiu o presente apelo nobre como representativo da controvérsia (fls. 204/205).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial, em parecer de fls. 315/321, da lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. FLÁVIO GIRON, nos termos da seguinte ementa:

“Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Correção monetária do benefício. Recurso Representativo da Controvérsia (artigo 543-C do CPC, com redação dada pela Lei n. 11.672/08). Para a aposentadoria por invalidez, pensão e auxílio reclusão (artigo 37, inciso I, do Decreto n. 83.080/79), de benefícios concedidos antes da Constituição Federal de 1988, não há correção monetária pela variação da ORTN/OTN, dos 24 salários de contribuição anteriores aos últimos 12, em face de expressa vedação do artigo 21, inciso I, do Decreto n. 89.312/84. Precedentes do STJ. Parecer pelo provimento do recurso.” (grifos no original)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Nos autos de ação revisional de aposentadoria por invalidez concedida antes da Constituição Federal de 1988, o Tribunal de origem determinou a atualização monetária dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos pela variação da ORTN/OTN, nos termos da Lei n. 6.423/77, consoante se verifica do seguinte trecho do voto condutor do aresto recorrido, *litteris*:

“Entendo que a atualização monetária aplicada aos salários-de-contribuição dos benefícios previdenciários, concedidos antes da promulgação da Constituição da República de 1988, deve obedecer aos ditames da Lei n. 6.423/77, que fixou como indexador para a apuração da RMI a ORTN/OTN, que recairia sobre a média dos vinte e quatro salários-de-contribuição anteriores aos doze últimos.

Nesse contexto, observando o documento de fl. 15, verifico que a aposentadoria por invalidez da Autora foi concedida em tempo anterior à vigência da Constituição Federal de 1988, o que garante à Autora o direito à revisão, com base nos indexadores ORTN/OTN.

Aliás, esse é o entendimento pacificado no âmbito Superior Tribunal de Justiça, 'in verbis':

'PREVIDENCIÁRIO. RENDA MENSAL INICIAL. CRITÉRIO DE CORREÇÃO. BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTES DA CONSTITUIÇÃO. ORTN/OTN. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, para os benefícios concedidos antes da Constituição Federal de 1988, aplica-se a variação da ORTN/OTN na correção dos 24 (vinte e quatro) salários de contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos.

2. Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido.' (GRIFEI). (STJ. REsp – (480.376/RJ. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data da decisão: 20/03/2003).” (fl. 155)

Decidindo desse modo, merece reforma o aresto impugnado.

Registre-se, inicialmente, que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 202, *caput* (redação original), assegurou o cálculo do benefício de aposentadoria sobre a média dos 36 (trinta e seis) últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente, mês a mês. Essa sistemática de atualização monetária de todos os salários-de-contribuição, introduzida, em boa hora, no ordenamento jurídico pátrio, foi reafirmada com a superveniência da Emenda Constitucional n. 20/98, em virtude da qual a Lei Maior passou a dispor, em seu art. 201, § 3º, que “*Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.*”

Vale destacar que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de não ser auto-aplicável o art. 202, *caput*, da Constituição Federal, cuja integração legislativa implementou-se apenas com a edição das Leis n. 8.212/91 e 8.213/91. Sobre a questão, confirmam-se os seguintes precedentes daquela Excelsa Corte: RE 193.456-5/RS, Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 07/11/1997; RE 201.473-7/SP, 1ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 02/05/1997 e AgRg no RE 416.442-6/PE, 2ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 26/08/2005.

Assim, a aludida inovação constitucional não alcança os benefícios concedidos anteriormente ao advento da atual Carta Magna, aos quais se aplica

a legislação previdenciária então em vigor, segundo a qual, para os benefícios calculados pela média dos 36 (trinta e seis) salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade, processava-se a atualização monetária apenas dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos.

Nesse sentido já se manifestou este Tribunal Superior em iterativos julgados, dentre os quais citam-se os seguintes: REsp 501.925/PE, 6ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ de 04/06/2007; EDcl nos EDcl no REsp 194.773/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ de 05/09/2005; EREsp 202.004/SP, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ de 01/07/2004; REsp 449.492/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ de 02/12/2002 e EREsp 183.979/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 22/11/1999.

E, conforme visto anteriormente, foi invocando esse entendimento que a Corte de origem decidiu ser cabível a correção dos salários-de-contribuição do benefício de aposentadoria por invalidez da parte ora Recorrida.

Ocorre que a supracitada orientação deste Tribunal *não era direcionada a todas as espécies de benefícios previdenciários*, não abrangendo aquelas prestações cujos salários-de-benefício fossem apurados com base nos últimos 12 (doze) salários-de-contribuição.

E de outro modo não poderia ser, tendo em vista o que dispunha o ordenamento jurídico em vigor antes da atual Lei Maior. Senão vejamos.

A Lei n. 5.890/73, em seu art. 3º, ao dispor sobre a atualização dos salários-de-contribuição dos benefícios previdenciários, assim estabelecia, no que interessa à presente controvérsia, *in verbis*:

"Art 3º O valor mensal dos benefícios de prestação continuada, inclusive os regidos por normas especiais, será calculado tomando-se por base o salário-de-benefício, assim entendido:

I - para o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez, a pensão e o auxílio-reclusão, 1/12 (um doze avos) da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês do afastamento da atividade, até o máximo de 12 (doze), apurados em período não superior a 18 (dezoito) meses;

II - (omissis)

III - (omissis)

§ 1º Nos casos dos itens II e III deste artigo, os salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos meses serão previamente corrigidos de acordo com coeficientes

de reajustamento, a serem periodicamente estabelecidos pela Coordenação dos Serviços Atuariais do Ministério do Trabalho e Previdência Social."

Veja-se que o parágrafo primeiro do artigo acima citado, ao determinar a correção dos salários-de-contribuição, fazia expressa referência apenas aos benefícios elencados nos incisos II e III, isto é, as aposentadorias por idade, por tempo de serviço e especial e, ainda, o abono de permanência em serviço.

Não havia, portanto, amparo legal para a atualização dos salários-de-contribuição dos benefícios elencados no inciso I desse artigo, quais sejam, auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão e auxílio-reclusão.

O citado art. 3º da Lei n. 5.890/73 – que estipulou sistemática de atualização já inaugurada pelo Decreto-Lei n. 710/69 (art. 1º) – restou consolidado no art. 26, incisos I a III, e § 1º, da Consolidação das Leis da Previdência Social de 1976 (expedida pelo Decreto n. 77.077/76).

Acerca do art. 26, § 1º, da CLPS/76, vale transcrever, por oportuno, a seguinte abordagem crítica da lavra do ilustre jurista MOZART VICTOR RUSSOMANO, *in verbis*

"A correção do salário-de-contribuição se opera, segundo o § 1º, apenas, relativamente aos meses anteriores ao 'último ano', a contar do afastamento do segurado de sua atividade habitual. Fica 'in albis', pois, o período de doze meses – no qual não se processa a correção do valor do salário-de-contribuição – que é decisivo para o gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão e auxílio-reclusão.

Esse período de doze meses, durante o qual o salário-de-contribuição não é atualizado, constitui a base normal do cálculo do salário-de-benefício, precisamente, nos casos mais graves para o segurado e seus dependentes (enfermidade, invalidez, morte e reclusão)." (in Comentários à consolidação das leis da previdência social: aprovada pelo Decreto n. 77.077, de 24.1.1976. 2ª ed. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981, pp. 110/111.)

Idêntica determinação constou, também, do art. 37, incisos I a III, e § 1º, do Decreto n. 83.080/79, que aprovou o antigo Regulamento dos Benefícios da Previdência Social.

Sobreveio, enfim, a CLPS de 1984 (expedida pelo Decreto n. 89.312/84), que revogou a CLPS/76, mas, em seu art. 21, incisos I e II, e § 1º, também consolidou o art. 3º da Lei n. 5.890/73, mantendo a mesma sistemática de correção monetária adotada pelos diplomas legais que lhe antecederam, *litteris*:

“Art. 21. O benefício de prestação continuada, inclusive o regido por normas especiais, tem seu valor calculado com base no salário-de-benefício, assim entendido:

I - para o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez, a pensão e o auxílio reclusão, 1/12 (um doze avos) da soma dos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade, até o máximo de 12 (doze), apurados em período não superior a 18 (dezoito) meses;

II - para as demais espécies de aposentadoria e para o abono de permanência em serviço, 1/36 (um trinta e seis avos) da soma dos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.

§ 1º Nos casos do item II, os salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos meses são previamente corrigidos de acordo com índices estabelecidos pelo MPAS.”

Frise-se, portanto, que a determinação de se corrigir os salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos meses era destinada apenas aos benefícios a que se refere o inciso II – aposentadorias por idade, por tempo de serviço e especial, e abono de permanência em serviço –, cujos salários-de-benefício eram apurados pela média dos 36 (trinta e seis) últimos salários-de-contribuição, o que resultava na correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição mais afastados.

Sobre o supracitado dispositivo, pertinente é a observação do doutrinador FARID SALOMÃO JOSÉ, em seus comentários à CLPS/84, *litteris*:

“Na concessão das aposentadorias (velhice, tempo de serviço e especial) e o abono de permanência em serviço, quando se apura a média para cálculo do salário-de-benefício, são corrigidos os salários dos 24 meses mais recuados, de acordo com os índices oficiais de recomposição salarial, periodicamente calculados pelos órgãos do Ministério da Previdência e Assistência Social (§ 1º).” (in Comentários práticos à CLPS: consolidação das leis da previdência social. 4ª ed. – São Paulo: LTr, 1984, p. 34)

Já no que diz respeito aos benefícios elencados no inciso I, dentre os quais a aposentadoria por invalidez de que cuidam os presentes autos, a norma determinava que os respectivos salários-de-benefício fossem apurados tomando-se por base a média aritmética apenas dos 12 (doze) salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao afastamento da atividade.

Sobreleva notar que os salários-de-contribuição anteriores a esses 12 (doze) últimos meses, quais sejam, os 24 (vinte e quatro) mais afastados, cuja correção

era legalmente prevista, sequer integravam o período básico de cálculo dos benefícios relacionados no inciso I, não havendo, por óbvio, como determinar sua atualização.

Registre-se, ainda, que, a partir da vigência da Lei n. 6.423/77, norma que estabeleceu base para a correção monetária, e até o advento da Constituição Federal, a atualização monetária dos salários-de-contribuição passou a ser feita pela variação da ORTN/OTN, em substituição aos coeficientes de reajustamento estabelecidos pelo MPAS. Nesse sentido: AR 685/RS, 3ª Seção, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 18/09/2000 e EDcl no REsp 184.155/SP, 6ª Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 13/03/2006.

Cumpra-se acentuar que a Lei n. 6.423/77 não alterou a forma de cálculo dos benefícios previdenciários, nem teve o condão de determinar a correção dos salários-de-contribuição de qualquer benefício. Tal norma apenas determinou que a correção monetária, pela ORTN, passasse a substituir outros índices ou critérios de correção monetária previstos na legislação então em vigor ou estipulados em negócio jurídico.

Cabe assinalar, finalmente, que, interpretando os sucessivos diplomas legais acima mencionados, os quais, como visto, veiculavam idêntica determinação quanto à atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios previdenciários concedidos antes da vigente Constituição Federal, esta Corte Superior de Justiça firmou, há muito, o entendimento no sentido de ser *incabível a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos, quando o pedido de revisão se referir ao auxílio-doença, à aposentadoria por invalidez, à pensão e ao auxílio-reclusão.*

A propósito, citem-se, dentre outros, os seguintes precedentes das Quinta e Sexta Turmas deste Tribunal Superior, *litteris*:

“PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. PENSÃO POR MORTE. CORREÇÃO. ORTN. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

- Para a aposentadoria por invalidez, pensão e auxílio reclusão (art. 37, I, do Decreto n. 83.080/79), de benefícios concedidos antes da Constituição Federal de 1988, não há correção, pela variação da ORTN/OTN, dos 24 salários de contribuição, anteriores aos últimos 12, ante expressa vedação legal (art. 21, I, do Decreto n. 89.312/84). Precedentes.

- Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 523.907/SP, 5ª Turma, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ de 24/11/2003.)

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. ATUALIZAÇÃO DOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO PELAS ORTN/OTN DA LEI 6.423/76.

I – Em se tratando de pensões por morte, para cujas rendas mensais iniciais, na vigência das CLPS/76 e CLPS/84, consideram-se apenas os 12 (doze) últimos salários-de-contribuição, sem atualização monetária, descabe a consideração de atualizar os 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição pelas ORTN/OTN da Lei 6.423/76, que ocorre apenas nas aposentadorias por idade, tempo de serviço e especial.

II - Recurso conhecido em parte e, nessa, provido.” (REsp 353.678/SP, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 01/07/2002.)

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. Nos benefícios da aposentadoria por invalidez, pensão e auxílio-reclusão (Decreto 83.080/79, art. 37, I), concedidos antes da Constituição Federal vigente, não há correção, pela variação da ORTN/OTN, dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos 12 (doze) últimos, em razão de expressa vedação legal (Decreto 89.312/84, art. 21, I).

2. Embargos de Declaração acolhidos.” (EDcl no REsp 312.163/SP, 5ª Turma, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ de 08/04/2002.)

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. [...]. AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. ATUALIZAÇÃO PELAS ORTN/OTN. LEI 6.423/77.

[...]

II – Em se tratando de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, para cujas rendas mensais iniciais, na vigência da CLPS/84, consideram-se apenas os 12 últimos salários-de-contribuição, sem atualização, descabe a consideração de atualização dos 24 salários-de-contribuição pelas ORTN/OTN que ocorre apenas nos demais tipos de aposentadorias.

III. Recurso conhecido em parte e, nessa, provido.” (REsp 313.296/SP, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 25/03/2002.)

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CORREÇÃO. ORTN. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Para a aposentadoria por invalidez, concedida antes da Constituição Federal, não há correção, pela variação da ORTN/OTN, dos 24 salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12, ante expressa vedação legal (art. 21, I, do Decreto n. 89.312/84).

2 - Recurso especial conhecido.” (REsp 266.667/SP, 6ª Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ de 16/10/2000.)

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA.

- O Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado a tese de que, no regime anterior à Lei n. 8.213/91, os salários-de-contribuição anteriores aos últimos doze meses, para efeito de cálculo de aposentadoria por idade ou por tempo de serviço, devem ser corrigidos pelo índice de variação nominal da ORTN/OTN.

- Ausência de previsão legal quanto à atualização dos salários-de-contribuição para fins de cálculo da aposentadoria por invalidez.

- Recurso especial não conhecido.” (REsp 174.922/SP, 6ª Turma, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ de 21/09/1998.)

A questão sob exame também tem sido apreciada nesta Corte em sede de decisões monocráticas: AG 1.157.684/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 30/03/2010; AG 1.221.120/MG, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES – Desembargador convocado do TJ/CE – DJe de 03/12/2009; REsp 1.113.402/RJ, Rel. Min. NILSON NAVES, DJe de 19/08/2009; REsp 783.429/BA, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 18/08/2009; REsp 932.678/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 05/06/2007; REsp 903.620/SP, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ de 02/03/2007 e REsp 814.974/BA, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 17/02/2006.

Assim, em face do repertório normativo aplicável à espécie, e tendo em vista a pertinente e pacífica jurisprudência acima citada – que ora se reafirma –, não prevalece, *in casu*, o entendimento de se determinar a correção monetária dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos pela variação da ORTN/OTN, visto tratar-se de aposentadoria por invalidez concedida à parte recorrida em 01/01/1984.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial do INSS para afastar a atualização monetária pela variação da ORTN/OTN dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos, quando da apuração da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por invalidez concedida antes da Constituição Federal de 1988, mantendo, no mais, o aresto recorrido.

Em razão da sucumbência recíproca, as custas processuais e os honorários advocatícios deverão ser rateados proporcionalmente entre as partes, observando-se, quanto à Segurada, o disposto na Lei n. 1.060/50, tendo em vista a concessão do benefício da justiça gratuita (fl. 20).

Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C, do Código de Processo Civil, e da Resolução STJ n. 08/2008.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: A controvérsia dos autos está em saber se, no caso de concessão de aposentadoria por invalidez antes do advento da Constituição Federal de 1988, os 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), utilizados no cálculo da renda mensal inicial, deverão ou não ser atualizados monetariamente pelo ORTN/OTN.

Nas razões do recurso especial, o INSS alega que o acórdão violou o artigo 21, inciso, I, § 1º, do Decreto n. 89.312/84, bem como dissentiu da jurisprudência deste Sodalício. Para tanto, sustenta que o pedido da segurada deve ser julgado improcedente, pois “a legislação vigente à época da concessão do benefício da parte autora determinava que o auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão e auxílio-reclusão fossem calculados pela média dos 12 últimos salário de contribuição, sem aplicação de correção monetária.”

A recorrente não apresentou contrarrazões.

Face a existência de multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão, o recurso especial foi admitido, na origem, como representativo da controvérsia, nos moldes do artigo 543-C, com redação dada pela Lei n. 11.672/08.

O Ministério Público apresentou parecer, opinando pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre observar que, como o benefício de aposentadoria por invalidez em tela foi concedido em 1º de janeiro de 1984, anterior, portanto, ao advento da Constituição Federal de 1988, e sendo os benefícios previdenciários regulados pela lei vigente ao tempo do fato que lhe determinou a incidência, a legislação a ser aplicável na espécie é o Decreto n. 83.080, de 24 de janeiro de 1979.

Assim, apesar da CLPS de 1984 (Decreto n. 89.312/84, de 23 de janeiro de 1984) ter mantido os mesmos regramentos em torno dos cálculos dos benefícios

previdenciários previstos no Decreto n. 83.090/79, não há falar em sua aplicação à espécie, nem tampouco em violação do seu art. 21, inciso, I, § 1º, apontado como malferido nas razões do recurso especial. Desse modo, no que toca à alínea “a” do permissivo constitucional, o recurso não merece ser conhecido.

Por outro lado, contudo, no que se refere à divergência jurisprudencial apontada, o recurso merece ser conhecido e provido, nos termos da fundamentação abaixo.

Para uma melhor análise da controvérsia, faz-se necessário traçar algumas considerações a respeito da aplicabilidade dos indexadores da ORTN/OTN, previstos na Lei n. 6.423/77, aos benefícios previdenciários.

No período de vigência do Decreto n. 83.080/79, de 24 de janeiro de 1979, aplicável ao caso em exame, o salário-de-benefício era calculado nos termos elencados no art. 37. A propósito, cita-se:

“Art. 37: O salário de benefício corresponde:

I - para o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez, a pensão e o auxílio-reclusão, a 1/12 (um doze avos) da soma dos salários de contribuição imediatamente anteriores ao mês do afastamento da atividade, até o máximo de 12 (doze), apurados em período não superior a 18 (dezoito) meses;

II - para as demais espécies de aposentadoria, 1/36 (um trinta e seis avos) da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês da entrada do requerimento ou do afastamento da atividade, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.

(...)

§ 1º Nos casos dos itens II e III, os salários de contribuição anteriores aos 12 (doze) últimos meses são previamente corrigidos, de acordo com coeficientes de reajustamento periodicamente indicados pelo órgão próprio do MPAS.”

Extrai-se do dispositivo legal retro que os salários-de-contribuição utilizados no cálculo dos benefícios constantes do item I, quais sejam, auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão por morte e auxílio-reclusão, não eram corrigidos monetariamente.

De outro turno, os benefícios abarcados pelo item II (aposentadoria por tempo de serviço, por idade e especial) tinham os salários-de-contribuição, anteriores aos doze últimos meses, corrigidos monetariamente pelos coeficientes de reajustamento periodicamente estabelecidos pelo Serviço Atuarial do Ministério do Trabalho e da Previdência Social (art. 3º, § 1º, da Lei n. 5.890/73).

Com o advento da Lei n. 6.423/77, a aludida correção passou a ser feita, à época, pela ORTN, posteriormente sucedida pela OTN e o BTN.

Na seara administrativa, a Previdência permaneceu corrigindo os salários-de-contribuição dos benefícios assinalados no item II mediante os índices divulgados pelo Ministério da Previdência, o que deu ensejo ao ajuizamento de diversas ações judiciais, nos quais os segurados aposentados buscavam a substituição dos índices previdenciários que, como regra, causavam defasagem aos benefícios, pelos índices de correção monetária baseados na ORTN/OTN.

Examinando a tese levantada pelos segurados, esta Corte Superior de Justiça, confirmando as decisões prolatadas pela maioria dos Tribunais Regionais Federais do país, que julgavam procedentes os pedidos dos aposentados, consolidou o entendimento de que todos os segurados da previdência social, beneficiários das aposentadorias por tempo de serviço, especial e por idade, desde o advento da Lei n. 6.423/77 até a data da promulgação da Constituição Federal de 1988, teriam direito à substituição dos índices previdenciários pelos indexadores da ORTN/OTN no cálculo da correção monetária, dos salários-de-contribuição anteriores aos últimos doze meses, que integravam o BPC (período básico de cálculo).

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes deste Sodalício.

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI N. 6.899/81. SÚMULAS N. 71/TFR, 43/STJ E 148/STJ.

- O Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado a tese de que, no regime anterior à Lei n. 8.213/91, os salários-de-contribuição anteriores aos últimos doze meses, para efeito de cálculo de aposentadoria por idade ou por tempo de serviço, devem ser corrigidos pelo índice de variação nominal da ORTN/OTN.

- Em tema de cobrança judicial de benefícios previdenciários, a egrégia Terceira Seção consolidou o entendimento jurisprudencial de que a correção monetária das parcelas pagas com atraso incide na forma prevista na Lei n. 6.899/81 e deve ser aplicada a partir do momento em que eram devidas, compatibilizando-se a aplicação simultânea das Súmulas 43 e 148, deste Tribunal.

- Os referidos débitos, por consubstanciarem dívidas de valor, por sua natureza alimentar, devem ter preservado o seu valor real no momento do pagamento.

- Recurso especial do autor conhecido e provido.

- Recurso especial do INSS parcialmente conhecido e nesta extensão provido.”
(REsp 209.676/MG, Rel. Min. VICENTE LEAL, Sexta Turma, DJ 30/10/2000)

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. FIXAÇÃO. REAJUSTES. CRITÉRIOS.

1. A APOSENTADORIA POR IDADE OU POR TEMPO DE SERVIÇO, NO SISTEMA ANTERIOR, DEVE SER CALCULADA PELA VARIAÇÃO DA ORTN/OTN, EXCLUÍDOS OS DOZE ÚLTIMOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO.

2. RECURSO NÃO CONHECIDO.” (REsp 144.032/SP, Rel. Min. ANSELMO SANTIAGO, Sexta Turma, DJ 23/3/1998)

Essa interpretação, contudo, não se aplica ao benefício em tela.

Conforme relatado, a autora é *beneficiária de aposentadoria por invalidez*, concedida em 1º/1/1984, decorrente da transformação do benefício de auxílio-doença concedido em 22/7/1980. Desse modo, enquadra-se no item I do aludido art. 37 do Decreto n. 83.080/79, que, por ausência de previsão legal expressa, não permite a correção monetária dos salários-de-contribuição utilizados no BPC.

Examinando a possibilidade de se corrigir monetariamente os salários-de-contribuição dos benefícios ínsitos no inciso I, do art. 37, a jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal é uníssona no sentido de ser impossível a mencionada correção, por ausência de previsão legal, os 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos 12 (doze) últimos pela variação dos índices ORTN/OTN previstos no artigo 1º da Lei n. 6.423/77, utilizados no cálculo da renda mensal inicial dos benefícios.

Nesse sentido, trago à colação trecho do voto proferido no REsp n. 174.922/SP, de 20 de agosto de 1998, da relatoria do Ministro Vicente Leal, suficientemente esclarecedor a respeito do tema,

“A tese defendida pelo ora recorrente é no sentido de que a correção monetária do salário-de-contribuição, para efeito de cálculo da aposentadoria, calcula-se pela variação nominal da ORTN/OTN. Após detida análise da questão tenho que a pretensão não merece prosperar.

Cumpre acentuar, por oportuno, que o mencionado índice foi instituído pela Lei n. 6.423/77 como medida de correção monetária, em face do fenômeno inflacionário e, enquanto teve vigência, serviu de excelente parâmetro para manter o equilíbrio das relações econômicas, efetuando a adequada atualização do valor nominal da moeda.

Assim, não se pode dizer que o reajustamento do *salário-de-contribuição* mencionado no § 1º do art. 37, do Decreto n. 83.080/79 seja diverso do reajustamento efetuado pelo índice de correção monetária adotado pelo Governo, *índice oficial*, seja, a variação nominal da ORTN/OTN.

E o referido dispositivo legal assim estatui, *in verbis*:

‘Artigo 37: O salário-de-benefício corresponde:

I - para o auxílio doença, a aposentadoria por invalidez, a pensão e o auxílio-reclusão, a 1/12 (um doze avos) da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês do afastamento da atividade até o máximo de 12 (doze) apurados em período não superior a 18 (dezoito) meses:

II - para as demais espécies de aposentadoria, 1/36 (um trinta e seis avos) da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês da entrada do requerimento ou do afastamento da atividade, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.

III - para o abono de permanência em serviço, a 1/36 (um trinta e seis avos) da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.

§ 1º. Nos casos dos itens II e III, os salários-de-contribuição

Daí porque o Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado a tese de que, no regime anterior à Lei n. 8.213/91, os salários-de-contribuição anteriores aos últimos doze meses, para efeito de cálculo de aposentadoria por idade ou por tempo de serviço, devem ser corrigidos pelo índice de variação nominal da ORTN/OTN.

Todavia, o repertório normativo em tela não prevê a atualização monetária para fins de cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, da aposentadoria por invalidez, da pensão e do auxílio-reclusão.

Assim sendo, tendo em vista a ausência de previsão legal a amparar a pretensão deduzida em juízo, é certo que o acórdão recorrido não negou vigência às regras contidas na CLPS.”

Nesse mesmo sentido, são os seguintes precedentes:

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. ATUALIZAÇÃO DOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO PELAS ORTN/OTN DA LEI 6.423/76. I – Em se tratando de pensões por morte, para cujas rendas mensais iniciais, na vigência das CLPS/76 e CLPS/84, consideram-se apenas os 12 (doze) últimos salários-de-contribuição, sem atualização monetária, descabe a consideração de atualizar os 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição pelas ORTN/OTN da Lei 6.423/76, que ocorre apenas nas aposentadorias por idade, tempo de serviço e especial. II - Recurso conhecido em parte e, nessa, provido” (REsp n. 353.678/SP, Quinta Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 1º/7/2002).

“PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CORREÇÃO. ORTN. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Para a aposentadoria por invalidez, pensão e auxílio-reclusão (art. 37, I, do Decreto n. 83.080/79) concedidos antes da Constituição Federal, não há correção, pela variação da ORTN/OTN, dos 24 salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12, ante expressa vedação legal (art. 21, I, do Decreto n. 89.312/84).

2 - Para os benefícios concedidos entre a Constituição Federal e a Lei n. 8.213/91 ou já na vigência desta última, não se pode aplicar a ORTN, mas sim o INPC.

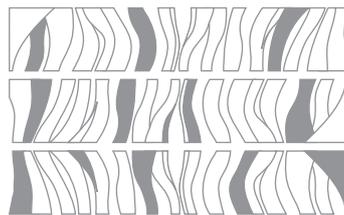
3 - Recurso especial conhecido.” (REsp 279.045/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Sexta Turma, DJ 11/12/2000)

Feitas tais considerações, observa-se que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ao determinar que os 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição anteriores aos últimos 12 (doze) que, segundo ele, seriam utilizados no cálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por invalidez, fossem atualizados monetariamente pela variação da ORTN/OTN, divergiu frontalmente da orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça.

Em assim sendo, o conhecimento e provimento do recurso pela alínea “c” do permissivo constitucional é de rigor.

Ante o exposto, conheço do recurso pela alínea “c” e lhe dou provimento, para julgar improcedente o pedido formulado pela autora.

É o voto.



Súmula n. 457

SÚMULA N. 457

Os descontos incondicionais nas operações mercantis não se incluem na base de cálculo do ICMS.

Referências:

CF/1988, art. 155, II.

LC n. 87/1996, art. 13.

CPC, art. 543-C.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

EREsp	508.057-SP	(1ª S, 18.10.2004 – DJ 16.11.2004)
(*)REsp	1.111.156-SP	(1ª S, 14.10.2009 – DJe 22.10.2009) – acórdão publicado na íntegra
AgRg no REsp	792.251-RJ	(1ª T, 14.03.2006 – DJ 27.03.2006)
REsp	783.184-RJ	(1ª T, 1º.06.2006 – DJ 12.06.2006)
REsp	873.203-RJ	(1ª T, 17.04.2007 – DJ 07.05.2007)
REsp	975.373-MG	(1ª T, 15.05.2008 – DJe 16.06.2008)
REsp	63.838-BA	(2ª T, 09.05.2000 – DJ 05.06.2000)
REsp	721.243-PR	(2ª T, 16.08.2005 – DJ 07.11.2005)

(*) Recurso repetitivo.

Primeira Seção, em 25.8.2010

DJe 8.9.2010

RECURSO ESPECIAL N. 1.111.156-SP (2009/0021773-4)

Relator: Ministro Humberto Martins
Recorrente: Frajo Internacional de Comésticos Ltda
Advogado: Evaldo de Moura Batista
Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradores: Jaques Bushatsky
Ronaldo Natal

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. ESPÉCIE DE DESCONTO INCONDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL. ART. 13 DA LC 87/96. NÃO-INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO.

1. A matéria controvertida, examinada sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, restringe-se tão-somente à incidência do ICMS nas operações que envolvem mercadorias dadas em *bonificação ou com descontos incondicionais*; não envolve incidência de IPI ou operação realizada pela sistemática da substituição tributária.

2. A bonificação é uma *modalidade de desconto* que consiste na entrega de uma maior quantidade de produto vendido em vez de conceder uma redução do valor da venda. Dessa forma, o provador das mercadorias é beneficiado com a redução do preço médio de cada produto, mas sem que isso implique redução do preço do negócio.

3. A literalidade do art. 13 da Lei Complementar n. 87/96 é suficiente para concluir que a base de cálculo do ICMS nas operações mercantis é aquela efetivamente realizada, não se incluindo os “descontos concedidos incondicionais”.

4. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o valor das mercadorias dadas a título de bonificação não integra a base de cálculo do ICMS.

5. Precedentes: AgRg no REsp 1.073.076/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.11.2008, DJe

17.12.2008; AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 935.462/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 8.5.2008; REsp 975.373/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.5.2008, DJe 16.6.2008; EDcl no REsp 1.085.542/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 29.4.2009.

Recurso especial provido para reconhecer a não-incidência do ICMS sobre as vendas realizadas em bonificação. *Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça.*

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 do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Licenciados os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 14 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 22.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual se discute *a incidência do ICMS sobre produtos dados em bonificação*, conforme ementa abaixo:

“AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DE MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO.

A legislação do ICMS não prevê expressamente que a mercadoria dada na forma de bonificação incondicional deva ser excluída da base de cálculo do ICMS. Ao contrário, menciona somente o desconto. A interpretação feita pela ré é razoável, no sentido de que pode o Regulamento estipular quais são os casos em que tal situação se dá, desde que respeitado o entendimento de que desconto é referente a dinheiro, o que não é o caso da autora. Assim, não haveria como a empresa simular vendas de produtos, sob a forma de mercadorias em bonificação. Não foi a Decisão Normativa CAT n. 4/00 a criadora da base de cálculo impugnada pela autora, mas apenas houve uma interpretação da lei e do Regulamento - RECURSO IMPROVIDO."

A recorrente alega, além da divergência jurisprudencial, violação dos arts. 2º, inciso I, e 13, § 1º, inciso II, alínea "a", da Lei Complementar n. 87/96, porque a "*Lei Complementar é clara ao definir que a base de cálculo do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias deve ser composto, entre outras coisas, pelos 'descontos concedidos sob concessão'*" (fl. 459).

A Fazenda do Estado apresentou contrarrazões ao recurso especial, postulando o óbice previsto na Súmula 7/STJ para a admissibilidade recursal. Aduz, ainda, que era incabível o mandado de segurança para o debate pretendido pois ausente o direito líquido e certo do impetrante. Por último, alega que "*falta legitimidade para vir a juízo discutir a validade da exação*" porque não se pode obter restituição daquilo que não desembolsou, nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional.

O Tribunal de origem admitiu o presente recurso especial e determinou seu processamento, na forma do art. 543-C do CPC (fls. 574-575).

Decisão de minha lavra concordou com a especial afetação e determinou o processamento do feito sob o rito dos recursos repetitivos.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso especial, conforme ementa a seguir:

"RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDENTE PROCESSUAL DE APRECIÇÃO E JULGAMENTO DE RECURSOS COM FUNDAMENTO EM IDÊNTICA QUESTÃO DE DIREITO (RECURSOS REPETITIVOS), NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC, NA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.672, DE 08 DE MAIO DE 2008). QUESTÃO PROPOSTA PARA DISCUSSÃO: INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OS PRODUTOS DADOS EM BONIFICAÇÃO. PRELIMINAR DE CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL: CONHECIMENTO DA PRETENSÃO RECURSAL. DELIMITAÇÃO, DE MODO ESTRITO, DO ESCOPO DA COGNIÇÃO QUANTO À MATÉRIA A SER DEBATIDA E JULGADA NO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PARA FINS DE ESTABILIZAÇÃO DE EXPECTATIVAS NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC.

I – DESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RECURSAL: Trata-se de recurso especial interposto pelas alíneas 'a' e 'c' do inciso III do art. 105 da Constituição Federal (CF) contra acórdão da Décima Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que a empresa Frajo Internacional de Cosméticos LTDA. (recorrente) sustenta violação aos seguintes dispositivos: 2º, I e 13, § 1º, II, 'a' da Lei Complementar n. 87/96.

II – PRELIMINAR DE CONHECIMENTO DO RECURSO: Propõe-se o conhecimento da pretensão recursal pela alínea 'a', do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, todavia, não se conhece do apelo pela alínea 'c' do mesmo dispositivo, uma vez que a divergência entre os julgados tidos por dissidentes não foi demonstrada.

III – DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA A SER JULGADA NO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO: Considerando a relevância da matéria e a delimitação dos aspectos a serem discutidos no presente recurso especial, mostra-se adequada a submissão do julgamento deste recurso especial ao procedimento instituído pela Lei n. 11.672/2008, que introduziu o incidente de processos repetitivos de que trata o art. 543-C do CPC.

IV – ANÁLISE DE MÉRITO – PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO RECURSAL DO RECORRENTE: A base de cálculo do ICMS, de acordo com a Lei Complementar n. 87/96, é o valor decorrente da saída da mercadoria, o que afasta a tributação sobre os descontos incondicionais, dentre eles destacando-se as mercadorias remetidas em bonificação.

V – CONCLUSÃO DA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: Parecer pelo conhecimento parcial da pretensão recursal e, no mérito, o Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso especial, aplicando ao caso os efeitos do art. 543, 'C', § 7º do CPC."

Intimadas as partes para apresentar memoriais, a Fazenda do Estado manifestou-se, reiterando os termos do recurso especial e a Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos - ABIHPEC, teceu considerações gerais, na condição de "amicus curia".

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator):

I - RESSALVAS INICIAIS

De início, diante da peculiaridade de se tratar de recurso processado sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, e que servirá de paradigma para todos os demais casos semelhantes, é importante esclarecer que o presente caso

não trata de incidência de IPI ou de mercadoria dada em bonificação no regime de substituição tributária.

A matéria controvertida, examinada sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, restringe-se tão-somente à incidência do ICMS nas operações que envolvem mercadorias dadas em *bonificação ou com descontos incondicionais*.

Feitas essas considerações iniciais, passo ao exame do recurso.

II - PRELIMINARES RECURSAIS, ARGUIDAS PELA FAZENDA DO ESTADO

Preliminarmente, o recurso merece conhecimento, porquanto a matéria federal foi devidamente prequestionada, bem como a divergência foi demonstrada nos moldes regimentais.

Quanto às alegações da recorrida (Fazenda do Estado), no sentido de ser inadmissível o recurso interposto, deve-se afastar tais premissas, pois:

1) a matéria é exclusivamente de direito, referente à legalidade da incidência do ICMS nas vendas acompanhadas de mercadorias em bonificação, *inexistindo matéria fática para ser reanalisada*; e,

2) *a ilegitimidade de parte não foi prequestionada* no Tribunal *a quo*, não tendo sido referida nas informações prestadas pela autoridade coatora ou nas contrarrazões de apelação. Como cediço, inviável inovar tese recursal em sede de recurso especial para apreciar matéria nunca antes debatida no processo, qual seja, a incidência do art. 166 do Código Tributário Nacional.

Ultrapassada a barreira da admissibilidade, passo a analisar o mérito recursal, objeto de deliberação pelo especial rito previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil.

III - MÉRITO RECURSAL

DA INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OS PRODUTOS DADOS EM BONIFICAÇÃO

O valor da mercadoria dada em bonificação *não integra* a base de cálculo do ICMS, conforme se extrai dos comandos normativos a seguir citados.

Os artigos 146, inciso III, alínea “a”, e 155, inciso II, ambos da Constituição Federal, determinam que:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;”

“Art. 155. 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;”

Por sua vez, a matéria tratada na Lei Complementar n. 87/96, em seu artigo 13, inciso I, dita:

“Art. 13. **A base de cálculo** do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação; (...)

§ 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;**”

A literalidade da lei é suficiente para concluir que a base de cálculo do ICMS nas operações mercantis é a aquela efetivamente realizada, não se incluindo os “*descontos concedidos INCONDICIONAIS*”.

A base de cálculo do ICMS não comporta a inclusão de valores estranhos à operação mercantil realizada, como ocorre no presente caso em que a recorrente é empresa distribuidora de cosméticos e perfumaria e utiliza a bonificação como forma de incentivar as suas vendas.

Trata-se de evidente meio de fomento de vendas sem que haja qualquer operação comercial ou desconto condicional, comuns também em diversos outros ramos mercantis.

A bonificação é uma *modalidade de desconto* que consiste na entrega de uma maior quantidade de produto vendido em vez de conceder uma redução do valor

da venda. Dessa forma, o provador das mercadorias é beneficiado com a redução do preço médio de cada produto, mas sem que isso implique redução do preço do negócio.

Segundo Roque Carrazza, a bonificação “*é uma forma criativa (já que aumenta as vendas) de desconto incondicional*”. A venda com bonificação é, se quisermos, um desconto incondicional com roupagem nova. Mas, sempre, um desconto incondicional, assim devendo ser tratada. Deveras, juridicamente falando, tanto faz vender doze unidades de um certo produto e cobrar por apenas dez, como vender dez (pelo preço de dez) e doar duas. Este “*anverso de uma mesma medalha (desconto incondicional/venda com bonificação) não altera a base de cálculo do ICMS que sempre será o valor da operação.*” (ICMS, Roque Antonio Carrazza. Ed. Malheiro, p. 98, 13 ed., 2009.)

Hugo de Brito Machado do mesmo modo entende, ao ensinar que:

“os valores concernentes aos descontos ditos promocionais, assim como os de descontos para pagamento à vista, ou de quaisquer outros descontos cuja efetivação não fique a depender de evento futuro e incerto, não integram a base de cálculo do ICMS, porque não fazem parte do valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria” (Curso de Direito Tributário, Hugo de Brito Machado, Malheiros, p. 327, 30ª Ed., 2009).

A bonificação, enquanto modalidade de desconto, só estaria inserida na base de cálculo do ICMS se estivesse *submetida a uma condição*, situação que não encontramos no presente caso, conforme retrato fático feito pelo Tribunal de origem.

A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o valor das mercadorias dadas a título de bonificação não integra a base de cálculo do ICMS. A propósito, os seguintes precedentes de ambas as Turmas de direito público do Superior Tribunal de Justiça:

JULGADOS DA SEGUNDA TURMA

“PROCESSO CIVIL. ICMS. MERCADORIA OFERECIDA EM BONIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o valor das mercadorias dadas a título de bonificação não integram a base de cálculo do ICMS.

Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 1.073.076/RS, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 25.11.2008, DJe 17.12.2008.)

“TRIBUTÁRIO. IPI. BONIFICAÇÃO. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO.

1. As bonificações, graciosamente concedidas aos clientes do contribuinte, não integram a base de cálculo do IPI, que, nos termos dos artigos 46, II, e 47, II, “a”, do Código Tributário Nacional, é o “valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria”. Ensinamentos doutrinários. Precedentes.

2. Recurso especial improvido.”

(REsp 872.365/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 21.11.2006, DJ 1º.12.2006, p. 298.)

Destaco deste valioso julgado da relatoria do Ministro Castro Meira as razões de decidir, que, apesar de se referirem ao IPI, *muito bem se aplicam ao ICMS*, pois se trata de imposto estruturado nas mesmas linhas características do IPI, conforme transcrevo:

“(...) Nesse passo, acolho a argumentação de Ricardo Malachias Ciconelo:

“Operação tipicamente caracterizada como ‘desconto incondicional’ é a chamada ‘bonificação’ em produtos usualmente verificada nas ‘dúzias de treze produtos’ ou ‘pague dois e leve três’, ou seja, o vendedor (sujeito passivo do IPI) e o comprador do produto industrializado ajustam no momento da definição do negócio jurídico as suas condições (quantidades, valores, etc.) e estas, sendo legalmente válidas e executáveis, devem ser consideradas no momento da definição da base de cálculo dos tributos incidentes sobre aquele negócio jurídico, inclusive IPI.

Assim sendo, nestas hipóteses fica claramente caracterizado que o preço acordado pelo vendedor e pelo comprador limita-se a uma quantidade ‘x’ de produtos negociados e, sem sombra de dúvida, percebe-se que o valor dos produtos concedidos a título de bonificação não compõem o preço total do negócio, isto é, ele não é computado no valor da operação comercial do qual nasce a obrigação do contribuinte em recolher tributos incidentes, dentre eles do IPI” (in IPI - Aspectos Jurídicos Relevantes, Ed. Quartier Latin, 1ª edição, 2003, pág. 373)

Ao final, o autor assim arremata:

“Em conclusão, podemos afirmar que a determinação da base de cálculo do IPI deverá ser sempre prevista em lei ordinária, sendo que a legislação ordinária, entretanto não pode dispor de forma diversa do que prevê o Código Tributário Nacional em relação a este imposto (art. 47), especialmente em relação à sua base de cálculo.

Além disso, o valor da operação utilizado pelo Código Tributário Nacional como base para determinação do valor tributável do IPI deve guardar exata proporção com o valor do negócio jurídico subjacente do qual nasce a obrigação tributária, isto é, são absolutamente indissociáveis os valores da ‘operação’ (negócio jurídico) e o da base

de cálculo do IPI, ainda que a legislação ordinária poderá ser afastada pelos tribunais de sua incompatibilidade com Constituição Federal e o Código Tributário Nacional” (pág. 377)

(...)

Há de se concluir que as bonificações ou descontos incondicionais não podem integrar o valor da operação de venda para fins de tributação do IPI, pois compõem quantia deduzida do montante da operação antes de realizada a saída da mercadoria.

No mesmo sentido:

JULGADOS DA PRIMEIRA TURMA

“ICMS. COMPENSAÇÃO. ICMS RECOLHIDO SOBRE MERCADORIA DADA EM BONIFICAÇÃO. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. PRESCRIÇÃO. (...)”

II - A mercadoria dada em bonificação, por não estar incluída no valor da operação mercantil, não integra a base de cálculo do ICMS, **correspondendo em tudo a um desconto incondicional**. Precedentes: REsp 510.551/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 25.04.2007 e REsp 872.365/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 01.12.2006. I

II - Agravo regimental improvido.”

(AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 935.462/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 8.5.2008.)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. VALOR OPERAÇÃO MERCANTIL. INCLUSÃO DE MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. DESCONTOS INCONDICIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. LC N. 87/96. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECURSO ESPECIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. VALOR OPERAÇÃO MERCANTIL. INCLUSÃO DE MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. DESCONTOS INCONDICIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. LC N. 87/96. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

1. **O valor das mercadorias dadas a título de bonificação não integram a base de cálculo do ICMS** (REsp 715.255/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28.03.2006, DJ de 10.04.06).

2. O artigo 146, inciso III, alínea ‘a’, da Carta Maior, reserva à lei complementar a definição de tributos e de suas espécies, bem como em relação aos impostos discriminados na própria Constituição, como é o caso do ICMS (artigo 155, II), a definição dos respectivos contribuintes, fatos geradores e bases de cálculo.

3. Infere-se do texto constitucional que este, implicitamente, delimitou a base de cálculo possível do ICMS nas operações mercantis, como sendo o valor da operação mercantil efetivamente realizada ou, como consta do artigo 13, inciso

I, da Lei Complementar n. 87/96, 'o valor de que decorrer a saída da mercadoria'. Neste sentido, a doutrina especializada: 'Realmente a base de cálculo do ICMS não é o preço anunciado ou constante de tabelas. É o valor da operação, e este se define no momento em que a operação se concretiza. Assim, os valores concernentes aos descontos ditos promocionais, assim como os descontos para pagamento à vista, ou de quaisquer outros descontos cuja efetivação não fique a depender de evento futuro e incerto, não integram a base de cálculo do ICMS, porque não fazem parte do valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria. (...)' (Hugo de Brito Machado, in 'Direito Tributário - II', São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pág. 237).

4. Consectariamente, tendo em vista que a Lei Complementar n. 87/96 indica, por delegação constitucional, a base de cálculo possível do ICMS, fica o legislador ordinário incumbido de explicitar-lhe o conteúdo, devendo, todavia, adstringir-se à definição fornecida pela lei complementar.

5. Desta sorte, afigura-se incontestemente que o ICMS descaracteriza-se acaso integrem sua base de cálculo elementos estranhos à operação mercantil realizada, como, por exemplo, o valor intrínseco dos bens entregues por fabricante à empresa atacadista, a título de bonificação, ou seja, sem a efetiva cobrança de um preço sobre os mesmos.

6. **Deveras, revela contraditio in terminis ostentar a lei complementar que a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria e a um só tempo fazer integrar ao preço os descontos incondicionais ou bonificações** (Precedentes: REsp n. 721.243/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 07.11.2005; REsp n. 725.983/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ de 23.05.2005; REsp n. 477.525/GO, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 23.06.2003; e REsp n. 63.838/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 05.06.2000).

7. As assertivas ora expostas infirmam a pretensão do fisco de recolhimento do ICMS, incidente sobre as mercadorias dadas em bonificação, em regime de substituição tributária. Isto porque, a despeito dos propósitos de facilitação arrecadatória que fundam a substituição tributária, é evidente que a mesma não pode ensejar a alteração dos elementos estruturais do ICMS, especialmente no que atine a composição de sua base de cálculo. Esta é justamente a lição de Roque Antônio Carraza: 'De qualquer forma, mesmo sem perdermos de vista os propósitos arrecadatórios da substituição tributária, é óbvio que ela não pode servir de instrumento para alterar os elementos estruturais do ICMS, sobretudo os que dizem respeito à composição de sua base de cálculo.'

Vai daí que, se - como estamos plenamente convencidos - as vendas bonificadas têm como única base de cálculo o preço efetivamente praticado, esta realidade, imposta pela própria Constituição (que, conforme vimos, traça todos os elementos da regra-matriz do ICMS), em nada é afetada pela circunstância de a operação mercantil desencadear o mecanismo da substituição tributária.

Não temos dúvidas, pois, em afirmar que nos casos em que o contribuinte emite nota fiscal (seja de venda, seja de outras saídas) destinada a Estados onde se adota o

mecanismo da substituição tributária de ICMS o valor a ser deduzido como forma de crédito há de ser o efetivamente praticado na operação de venda com bonificação, vale dizer, zero.

Nossa convicção lastreia-se na circunstância de que a bonificação é realidade acessória da operação de compra e venda mercantil, estando, destarte, submetida à regra accessorium sequitur suum principale.

Esta realidade acessória em nada é abalada pelo mecanismo da substituição tributária, que não tem, de per si, o condão de desnaturar os efeitos tributários da operação mercantil, tal como expostos neste estudo.' (in 'ICMS', 10ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, págs. 117/118).

8. Outrossim, o fato gerador do imposto (a circulação) decorre da saída da mercadoria do estabelecimento do vendedor, pouco importando a legislação local do adquirente, aplicável aos produtos dessa origem. É que nessa Unidade, nas operações posteriores, observar-se-á a transferência eventual das mercadorias fruto de bonificação à luz da não cumulatividade.

9. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem 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.

10. Recurso especial provido, invertendo-se os ônus sucumbenciais."

(REsp 975.373/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.5.2008, DJe 16.6.2008.)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS ENTREGUES EM BONIFICAÇÃO. NÃO-INCIDÊNCIA. PRETENSÃO DA MANUTENÇÃO DO CREDITAMENTO DO IMPOSTO DECORRENTE DA ENTRADA DE INSUMOS E/OU BENS DE REVENDA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se manifestado no sentido de que os arts. 19 e 20 da Lei Complementar 87/96, que instituiu nova disciplina para o aproveitamento de créditos de ICMS, alterando o regime estabelecido pelo Convênio 66/88, apenas reproduziram o princípio da não-cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal. Assim, a discussão desse tema é de caráter precipuamente constitucional, insuscetível, portanto, de análise em sede de recurso especial. Precedentes: REsp 738.254/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28.9.2006; REsp 856.941/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 11.12.2006.

2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, que merece ser desprovido.

(EDcl no REsp 1.085.542/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 29.4.2009)

Portanto, não incide ICMS na operação em que a mercadoria é dada em bonificação, pois esta não preenche o critério material de incidência do imposto, por ausência de circulação econômica da mercadoria.

Ressalto que o presente caso não se refere a mercadoria dada em bonificação em operações mercantis em que envolva o *regime de substituição tributária*, no qual o substituto tributário concede o benefício ao substituído, situação em que *não há consenso perante este Tribunal Superior*:

POSIÇÃO DA PRIMEIRA TURMA:

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. BONIFICAÇÃO DE MERCADORIAS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IRRELEVÂNCIA. NÃO-INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. (...)

*2. Mesmo no regime de apuração de tributos nominado de substituição tributária para frente, as mercadorias entregues aos comerciantes ou atacadistas pela indústria em bonificação **não se sujeitam à incidência do ICMS**. Precedente: REsp 975.373/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 16.6.2008.*

3. Recurso especial parcialmente provido."

(REsp 1.021.740/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 9.12.2008, DJe 11.2.2009.)

POSIÇÃO DA SEGUNDA TURMA:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BONIFICAÇÕES.

*1. Inexistindo a garantia de que a bonificação concedida pelo substituto tributário ao substituído não vai ser transferida ao consumidor final, **o recolhimento do ICMS sobre o regime de substituição tributária deve ser realizado integralmente**. Precedente da Segunda Turma.*

2. Recurso especial não provido."

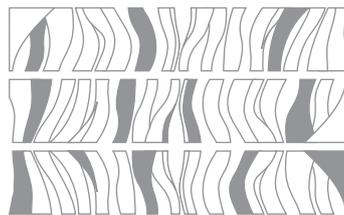
(REsp 1.001.713/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.5.2008, DJe 21.5.2008, grifei.)

Importante destacar e reiterar as ressalvas do presente voto paradigma, para deixar bastante claro que o presente voto não abarca a situação decorrente da operação realizada sob o regime de substituição tributária.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para reconhecer a não-incidência do ICMS sobre as vendas realizadas em bonificação.

Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça.

É como penso. É como voto.



Súmula n. 458

SÚMULA N. 458

A contribuição previdenciária incide sobre a comissão paga ao corretor de seguros.

Referências:

LC n. 84/1996.

Lei n. 8.212/1991, art. 11, parágrafo único, a.

Precedentes:

REsp	519.260-RJ	(1ª S, 09.04.2008 – DJe 02.02.2009) – acórdão publicado na íntegra
REsp	600.215-RJ	(1ª T, 09.05.2006 – DJ 1º.08.2006)
REsp	993.599-RJ	(1ª T, 03.06.2008 – DJe 07.08.2008)
AgRg no REsp	796.713-RS	(1ª T, 05.03.2009 – DJe 02.04.2009)
REsp	728.029-DF	(1ª T, 14.04.2009 – DJe 06.05.2009)
AgRg no Ag	1.186.813-SP	(1ª T, 17.12.2009 – DJe 02.02.2010)
REsp	699.905-RJ	(2ª T, 05.11.2009 – DJe 13.11.2009)

Primeira Seção, em 25.8.2010

DJe 8.9.2010

RECURSO ESPECIAL N. 519.260-RJ (2003/0053421-3)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Sul América Terrestres Marítimos e Acidentes Companhia de Seguros S/A e outros

Advogado: Gustavo Miguez de Mello e outro(s)

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Roberval Borges Filho e outro(s)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS PRESTADOS POR CORRETORES DE SEGURO. LEI COMPLEMENTAR 84/96.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Cabe às empresas de seguro privado o pagamento da Contribuição Previdenciária incidente sobre o valor da comissão que a seguradora repassa aos corretores por prestarem serviços de intermediação no contrato de seguro.

3. É irrelevante a ausência de contrato de trabalho vinculando o corretor à seguradora, tendo em vista que a Lei Complementar 84/96 exige o recolhimento da referida exação sobre a remuneração dos trabalhadores autônomos.

4. A obrigatoriedade da intermediação de corretores de seguros entre as seguradoras e seus segurados não desfigura o caráter de prestação de serviços da atividade que se ajusta à previsão do art. 1º, I, da Lei Complementar 84/96. Precedentes do STJ.

5. Recurso Especial não provido.

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 maioria, vencidos os Srs. Ministros Carlos Fernando Mathias, José Delgado, Eliana Calmon e Humberto Martins, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram, oralmente, os Drs. Gustavo Miguez de Mello, pela recorrente, e Walter Henrique dos Santos, pelo recorrido.

Brasília (DF), 09 de abril de 2008 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 2.2.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto por Sul América Terrestres Marítimos e Acidentes Companhia de Seguros S/A e outros (fls. 377-418) com fundamento no art. 105, III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado (fl. 352):

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. ART. 1º, I, LEI COMPLEMENTAR N 84/96. CONSTITUCIONALIDADE. CORRETORES DE SEGURO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

I - O Plenário do Eg. STF, ao julgar o RE 228.321-RS, reconheceu a constitucionalidade da contribuição social, a cargo das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, incidente sobre a remuneração ou retribuição pagas ou creditadas aos segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas, objeto do artigo 1º, I, da Lei Complementar n. 84/96, por entender que não se aplica às contribuições sociais novas a segunda parte do inciso I do artigo 154 da Carta Magna;

II - O fato de ser obrigatória a intermediação por meio de corretores de seguros, entre as seguradoras e seus segurados, não desnatura o caráter de prestação de serviços da atividade, que se amolda ao tipo previsto no art. 1º, I, da Lei Complementar n. 84/96.

III - Sentença confirmada.

As Companhias de Seguro opuseram Embargos de Declaração, os quais foram rejeitados pelo Tribunal *a quo* (fl. 371).

As Recorrentes apontam em suas razões recursais, preliminarmente, violação do art. 535, II, do CPC. No mérito, alegam que o acórdão hostilizado violou o art. 17 da Lei 4.594/64; o art. 125 do Decreto-Lei 73/66; o art. 9º, I, do CTN; e o art. 1º, I, da LC 84/96, sustentando, em síntese, que os serviços de corretagem não constituem fato gerador da Contribuição Previdenciária, pois não são prestados às empresas seguradoras, e sim ao segurado (pessoa física ou jurídica que pretende realizar contrato de seguro).

A Autarquia Previdenciária apresentou contra-razões (fls. 547-561), aduzindo ser devida a Contribuição Previdenciária sobre os valores pagos aos corretores.

O apelo especial foi admitido na Corte de origem, conforme decisão de fl. 564.

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Quanto à suposta violação do art. 535 do CPC, verifico que o Tribunal de origem afirmou, num primeiro momento, a constitucionalidade do art. 1º, I, da Lei Complementar 84/96, fundamentando sua decisão em precedente do STF.

Depois disso, analisou minuciosamente o enquadramento das atividades realizadas pelos corretores de seguros na hipótese de incidência descrita pelo mencionado dispositivo legal, concluindo pela legalidade da cobrança.

Nesse passo, não há falar em omissão quanto à matéria infraconstitucional (art. 17 da Lei 4.594/1964 e art. 125 do Decreto-Lei 73/1966) ou constitucional (arts. 5º e 170).

Com efeito, inexistente omissão quando o Tribunal *a quo* manifesta-se satisfatoriamente a respeito da lide, tampouco “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” (REsp 911.897/SP, Rel. Min. Teori A. Zavascki, 1ª Turma, DJ 12/04/2007, p. 258).

A esse propósito, destaco:

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRISÃO ILEGAL. ATO ILÍCITO PRATICADO POR AGENTE PÚBLICO. ABUSO DE AUTORIDADE. DENÚNCIAÇÃO À LIDE. DIREITO DE REGRESSO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC: INEXISTÊNCIA.

1. Os embargos de declaração devem apresentar razões que estejam correlatas com os pontos indicados como omissos ou contraditórios do recurso especial, a pretexto de violação do art. 535 do CPC, sob pena de inovação na lide.

2. Inexistindo omissão ou contradição e estando bem fundamentado o acórdão, afasta-se a alegação de contrariedade aos arts. 165, 458 e 535 do CPC.

3. (...).

4. Recurso especial improvido.

(REsp 782.834/MA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJ 11/04/2007 p. 231).

No mais, cinge-se a controvérsia à incidência de Contribuição Previdenciária sobre as comissões pagas aos corretores de seguro.

Para melhor compreensão da matéria, faz-se oportuno transcrever o disposto no artigo 1º, I, da Lei Complementar 84/96, bem como a redação original do art. 12 da Lei 8.212/91:

Art. 1º, I, da LC 84/96:

Para a manutenção da Seguridade Social, ficam instituídas as seguintes contribuições sociais:

I - a cargo das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, no valor de quinze por cento do total das remunerações ou retribuições por elas pagas ou creditadas no decorrer do mês, pelos serviços que lhes prestem, sem vínculo empregatício, os segurados empresários, *trabalhadores autônomos*, avulsos e demais pessoas físicas (grifei).

(...).

Art. 12 da Lei 8.212/91 (redação original):

São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

(...)

IV - como trabalhador autônomo:

a) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego;

b) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não.

Ao ler os dispositivos acima, verifica-se que a Lei Orgânica da Seguridade Social estabeleceu o conceito de trabalhador autônomo como aquele que “presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego”. Não faz qualquer menção, portanto, à necessidade de *contrato* de prestação de serviços para que a pessoa seja considerada trabalhador autônomo.

Oportuno salientar que, tal como disposto no art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, serviço deve ser entendido de forma ampla, ou seja: “§ 2º *Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*”.

Pois bem. A Lei Complementar 84/1996 exige o pagamento de Contribuição Previdenciária por pessoas jurídicas, calculada sobre o total de remunerações ou retribuições por elas pagas ou creditadas a trabalhadores autônomos e demais pessoas físicas. Há previsão legal expressa quanto à incidência da exação na hipótese dos autos. Não se trata de aplicação da norma tributária por analogia, ou de exigência de tributo sem lei que o estabeleça.

Além disso, e como já afirmei, nem a LC 84/1996, nem a Lei 8.112/91 exigem vínculo contratual entre as partes como requisito para a incidência da exação, mas a simples prestação de serviços. E, no caso em análise, há *sim* prestação de serviços do corretor às seguradoras. Explico.

Na corretagem de seguros, a função do corretor é a de *intermediar* o contrato entre o segurado e a seguradora, contribuindo para a obtenção do resultado econômico pretendido pela empresa, ainda que o profissional não esteja vinculado laboralmente a ela. É o que prevê a lei regulamentadora da profissão de corretor de seguros (Lei 4.594/1964):

Art. 1º - O corretor de seguros, seja pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguros, admitidos pela legislação vigente, entre as sociedades de seguros e as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.

Repita-se: o caso é de *intermediação* entre as partes envolvidas, ou seja, o fato de o corretor prestar serviço também ao segurado não leva à conclusão de que não tenha prestado serviço à seguradora. Tanto é assim que, justamente

em virtude dessa *intermediação*, a pessoa jurídica remunera o corretor mediante o pagamento de uma comissão, arbitrada com base em percentagem do contrato celebrado. Nesse sentido, transcrevo passagem pertinente do parecer do Ministério Público Federal, da lavra do então Procurador da República, Gustavo Tepedino (fl. 313):

O simples fato dos contratos de corretagem de seguros possuírem algumas peculiaridades se comparados com os demais - como a obrigatoriedade da intermediação do corretor, a teor do disposto na Lei n. 4.594/94, não desfigura a natureza da comissão embutida no prêmio do seguro: contra-prestação paga pela seguradora por um serviço que lhe é efetivamente prestado pelo corretor.

De fato, muito embora a pessoa física também seja beneficiada pela atuação do corretor, não há como negar a prestação de efetivos serviços à seguradora, uma vez que o preenchimento de propostas/formulários, a realização de simulações, o cálculo dos prêmios, entre outras atividades, seguem critérios estabelecidos exclusivamente pelas companhias.

A propósito, é notório que os corretores participam de treinamentos institucionais promovidos pelas empresas, com vistas a incrementar argumentos de vendas e a atrair o maior número de consumidores para o mercado. Recebem, inclusive, premiações pelos resultados positivos de seu trabalho.

Logo, não há como deixar de reconhecer que as seguradoras utilizam a prestação de serviço (intermediação) dos corretores, e dela diretamente se beneficiam, para conseguirem os seus objetivos sociais. As regras de experiência afastam o argumento das seguradoras de que os corretores atuam por conta e ordem dos segurados. Antes, ao contrário: os segurados não possuem qualquer controle ou ingerência sobre a retribuição devida aos corretores de seguros. Apenas lhes é informado o montante do prêmio a ser pago pelo eventual negócio jurídico a ser celebrado.

Essa situação não se altera em razão da vedação dos arts. 17, “b”, da Lei 4.594/64, e 125, “b”, do Decreto-Lei 73/66, relativa à impossibilidade de o corretor de seguros ser empregado ou manter relação de direção com a companhia seguradora, nos seguintes termos:

Art. 17. É vedado aos corretores e aos prepostos:

(...)

b) serem sócios, administradores, procuradores, despachantes ou empregados de empresa de seguros.

Art. 125. É vedado aos corretores e seus prepostos:

(...)

b) manter relação de emprego ou de direção com Sociedade Seguradora.

Aqui, observo que a vedação legal não é exclusividade da categoria dos corretores de seguro, mas também é prevista, por exemplo, para os auditores independentes (Resolução BACEN 3.198/2004) e para os auditores florestais (arts. 3º, XI, e 42 da Lei 11.284/2006).

O corretor, mesmo que sua atividade beneficie ambas as partes, e especialmente a seguradora, não pode ter com esta vínculo que caracterize dependência e parcialidade no que tange à compatibilização dos interesses entre os sujeitos contratantes. A disposição legal cinge-se a deixar claro que não pode haver uma posição de subordinação hierárquica entre o profissional de seguro e as companhias. Vale dizer: a inexistência de contrato entre o corretor e a seguradora não pode ter como conseqüência a não-incidência da contribuição previdenciária, pois a tributação decorre da LC 84/96, que abrangeu na hipótese de incidência da exação todo e qualquer serviço prestado, com ou sem negócio jurídico formal.

Ademais, ao invés de constituir impedimento à tributação, a inexistência de vínculo é pressuposto para a existência de prestação de serviço *autônomo* (fato gerador da contribuição social).

De outro lado, e como de conhecimento geral, toda e qualquer interpretação do direito infraconstitucional deve ser realizada à luz da Constituição da República. Não é por outra razão que a Seguridade Social é informada, *e.g.*, pelo princípio do *financiamento por toda a sociedade (ou solidariedade)*, e pelo princípio da *equidade na forma de participação no custeio*, que traduzem sua feição transindividual. Vale dizer: as pessoas jurídicas podem ser chamadas ao custeio da seguridade social “***independentemente de terem ou não relação direta com os segurados*** ou de serem ou não destinatárias de benefícios” (Leandro Paulsen, Contribuições - Custeio da Seguridade Social, 2007, pág. 22).

Assim, isentar de contribuição para a seguridade social os valores recebidos pelos corretores, em razão da intermediação que realizam, desequilibraria o sistema e negaria vigência aos princípios da solidariedade e da equidade na forma de participação no custeio (que, em última análise, configura desdobramento do princípio da isonomia), pois se criaria uma única categoria de profissionais cuja remuneração estaria isenta da incidência de contribuição previdenciária e excluída do financiamento da Seguridade Social.

De fato, *todos* devem contribuir para o alcance dos objetivos da seguridade social, inclusive as seguradoras. Caso o legislador quisesse eximir o montante recebido pelos corretores de seguro da tributação, tê-lo-ia feito *expressamente*. Entender o contrário corresponde a estabelecer uma *solidariedade parcial*, que vale para uns e não para outros, revelando verdadeira *contradictio in terminis*.

Atentos a essas considerações, os integrantes da 1ª Turma deste Superior Tribunal, por maioria de votos (REsp 600.215/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 1º.8.2006), reconheceram a possibilidade de ser cobrada das Empresas de Seguro Privado a Contribuição Previdenciária incidente sobre o valor da comissão que a Seguradora paga aos corretores por prestarem serviços de intermediação no contrato de seguro, independentemente da inexistência de contrato de trabalho vinculando o corretor à Seguradora, tendo em vista que a Lei Complementar 84/96 exige o recolhimento da exação sobre a remuneração dos trabalhadores autônomos.

Veja-se a ementa do referido julgado:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DEVIDA POR EMPRESAS DE SEGURO PRIVADO INCIDENTE SOBRE OS SERVIÇOS PRESTADOS POR CORRETORES DE SEGURO.

1. A remuneração percebida pelo corretor pela venda do seguro configura a prestação de serviço autônomo, fato gerador da hipótese de incidência prevista no art. 1º da Lei Complementar n. 84/96.

2. A referida legislação complementar, ao prever que a contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários é devida pelo empregador, pelos serviços prestados por pessoas físicas, sem vínculo empregatício, não impôs, como requisito para hipótese de incidência da exação, que houvesse vínculo contratual entre as partes. No caso da corretagem de seguros, ainda que o corretor não esteja vinculado à seguradora, a sua função é a de intermediar o segurado e a seguradora, contribuindo para a obtenção do resultado econômico pretendido pela empresa, a qual, em contraprestação ao serviço que lhe foi efetivamente prestado, remunera o corretor mediante o pagamento de uma comissão, arbitrada com base em percentagem do contrato celebrado. Assim, não há como deixar de reconhecer que as seguradoras utilizam a intermediação do corretor para a consecução de seus objetivos sociais, situação que não se desfigura em razão da vedação do arts. 17, b, da Lei n. 4.594/64 e 125, b, do Decreto-Lei n. 73/66.

3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 600.215/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª T, DJ 1º.08.2006).

E, ainda, com o mesmo entendimento:

TRIBUTÁRIO. SEGURIDADE SOCIAL. LEI 8.212/91. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. LEI COMPLEMENTAR N. 84/96. INCIDÊNCIA SOBRE AS COMISSÕES PAGAS AOS CORRETORES DE SEGURO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DEFINIÇÃO. GENERALIDADE. INCIDÊNCIA SOBRE A EXECUÇÃO DE SEGURO SAÚDE. SÚMULAS 5 e 7/STJ.

I - Na Lei n. 8.212/91 a definição de segurado, em face da generalidade atribuída ao conceito “serviços”, tem adequação na hipótese da intermediação realizada pelo corretor em favor das companhias de seguro.

II - “Por outro lado, a obrigatoriedade da intermediação do corretor na comercialização de seguros, imposta pela Lei n. 4.594/94, não desfigura a natureza da comissão que lhe é paga pela seguradora em contraprestação pecuniária pelos serviços prestados.

Tal remuneração, portanto, configura a prestação de serviço autônomo, fato gerador da hipótese de incidência prevista no art. 1º da Lei Complementar n. 84/96” (MC n. 9.233/RJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 07/03/2005, p. 139).

III - Para revisar o entendimento do Tribunal, plasmado com base na interpretação de cláusula contratual, no sentido de que a cobertura do seguro-saúde tem natureza indenizatória, afastando a incidência da contribuição sobre a execução do contrato, faz-se impositiva nova análise dos termos contratuais, o que impede o conhecimento do recurso em face do óbice contido nas súmulas n. 5 e 7, do STJ.

IV - Recurso do INSS não conhecido. Recurso da Empresa Seguradora parcialmente conhecido e nesta parte improvido. (REsp 413.825/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª T, DJ 30.08.2007).

Por fim, destaco a relevante ponderação do e. Ministro Teori Albino Zavascki, constante do voto proferido por ocasião do julgamento do REsp 600.215-RJ, supracitado:

“Também não assiste razão ao recorrente no que pertine à alegação de que, por se encontrar inclusa no prêmio, a comissão de corretagem é paga pelo segurado, e não pela seguradora. Nos termos do art. 18 da Lei 4.594/64, a comercialização do seguro pode ser realizada mediante a intermediação do corretor (alínea *a*) ou diretamente com o segurado (alínea *b*), sendo que, para uma ou outra forma, o valor do prêmio pago pelo segurado será o mesmo. Na hipótese de o segurado se dirigir diretamente à seguradora, esta não fica exonerada de pagar a comissão, que, neste caso, será recolhida às entidades previstas no art. 19 da referida legislação. Ademais, qualquer que seja o empreendimento, o custo dos serviços prestados pelo trabalhador autônomo é repassado para o valor do produto

ou serviço prestado, o que não implica transferência da responsabilidade pelo recolhimento dos encargos fiscais ou parafiscais para o consumidor final”

Conclui-se, portanto, que a remuneração percebida pelo corretor pela venda do seguro refere-se à prestação de serviço autônomo, hipótese de incidência prevista no art. 1º da Lei Complementar 84/96.

Diante do exposto, *nego provimento ao Recurso Especial*.

É como *voto*.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Convocado do TRF 1ª Região): Respeitosamente, e não poderia deixar de ser, como simples aprendiz, gostaria de lembrar o seguinte: como vamos estabelecer uma exação por interpretação analógica, por via ou por interpretação extensiva?

O jovem e talentoso procurador do INSS chegou a invocar Konrad Hesse, que é um orgulho do pós-positivismo, mas um dos defensores da linha principiológica do Direito. Será que ficaria deixado para o campo da axiologia algo que se diz ser – vamos repetir palavras ditas aqui – uma espécie de oxigênio da jurisprudência, na medida em que ele desequilibraria, ou seria a mais forte atividade a ser tributada? É uma obrigação fiscal, já que hoje ninguém mais se arvera em falar em contribuição parafiscal, até porque usar essa expressão já revela uma faixa etária de muitas juventudes acumuladas.

Permitir-me-ia dizer que, diante disso e, respeitosamente, não me animo, com as vênias devidas, a estabelecer uma exação tendo que buscar o pós-positivismo, a interpretação analógica e a interpretação extensiva, quando o legislador – esse legislador que, segundo Kirschman, com uma penada, pode mandar para a lata do lixo bibliotecas inteiras – poderia ter corrigido isso. E estamos diante de uma lei complementar, à Constituição.

Ainda que esteja discordando de mestres, estou indo também ao encontro de outros mestres, arvorando-me em dizer que só por isso não me animaria ir em sentido contrário, até porque a regra do art. 729 não exclui a de outros diplomas do ordenamento positivo. Mas sabemos que a analogia, que é também boa fonte de direito, é apenas para os casos de omissão, o que não é o caso; se houvesse uma omissão, teria sido a do legislador, que se esqueceu de deixar isso claro, ou de quem deveria postular a introdução da obrigação no ordenamento positivo.

São Paulo sabia das coisas e, em II Coríntios 3:6b, diz: “porque a letra mata e o espírito vivifica”. Mas ele diz mais: “Crês nisso? Se não crês, em vão é a tua fé”.

Acreditamos em uma série de coisas, entre elas, de que o Direito Tributário obedece ao princípio da legalidade restrita. Dir-se-á: no caso, a contribuição é previdenciária. Mas ela tem filiação tributária. Creio que isso ninguém mais discute.

Peço vênia ao Sr. Ministro Relator para divergir, dando provimento ao recurso especial.

Presidente o Sr. Ministro Luiz Fux

Relator o Sr. Ministro Herman Benjamin

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro José Delgado: Quando do julgamento do REsp 993.599/RJ, em voto-vista, posicionei-me do modo seguinte:

Discute-se, mais uma vez, se as empresas de seguro são obrigadas ao pagamento de contribuição social para a Previdência em decorrência dos serviços prestados pelas corretoras de seguros.

Tenho defendido que os corretores de seguros não prestam serviços às empresas de seguro. Estas, conseqüentemente, não estão obrigadas ao pagamento da contribuição social instituída pela Lei Complementar n. 84, de 1996, em face do negócio jurídico celebrado com os corretores.

O entendimento que manifesto parte da convicção jurídica de que o corretor de seguros é um comerciante com o objetivo social de intermediar contrato de seguro. Ele vende a intermediação e, por essa venda, recebe comissão proporcional ao preço do produto.

Não há, por parte do corretor de seguro, um serviço prestado à seguradora. Há, sim, um ato de comércio regulamentado por lei.

A convicção que expresse está amparada na Lei n. 4.594, de 1964, que, em seu art. 1º, dispõe:

Art. 1º. O corretor de seguros, seja pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a organizar e a promover contratos de seguro, admitidos pela legislação vigente entre as sociedades de seguros e as pessoas físicas em jurídicos de direito público ou privado.

O objeto de sua atividade é o de aproximar as pessoas que pretendem celebrar negócios jurídicos. É, portanto, um mero mediador de negociação, atividade considerada pela lei de natureza mercantil.

Por essa razão, Rubens Requião, em sua obra Curso de Direito Comercial, vol. 1, Edit. Saraiva, 14ª ed, p. 143, manifesta o seguinte entendimento:

O corretor não age em seu nome, pois, como já se viu no art. 59 do Código Comercial, é-lhe defeso agir em negociação direta ou indireta, debaixo de seu ou de alheio nome. Não é tampouco, locação de serviços. O que se pretende no contrato de corretagem não é o serviço em si do corretor, mas o resultado da mediação, isto é, a conclusão do negócio.

O contrato de corretagem é um contrato típico, que tem o seu próprio perfil jurídico: é contrato de corretagem.

Ora, a contribuição social em questão só incide quando há prestação de serviços à empresa sem vínculo empregatício. E não incide sempre que, entre as partes, houver ato de comércio.

Invoco, mais uma vez, a sustentar a tese defendida, a doutrina de Rubens Requião:

O corretor é comerciante. Muito embora não exerça o comércio em nome próprio, pois isso lhe é defeso pelo art. 59 do Código, o Regulamento n. 737, art. 19, § 2º, inclui entre os atos de mercancia as operações de corretagem. A sustentação dessa classificação e qualificação nos é oferecida por J X Carvalho de Mendonça. em lição conclusiva: "... praticando habitual e profissionalmente atos de mediação, o corretor é comerciante. Reúne os elementos exigidos pelo art. 4º do Código Comercial para caracterizar essa qualidade. Nem se diga que o corretor, não realizando em nome próprio as operações, está fora da definição de comerciante. Sim, nessas operações intervém como mediador, mas desempenha em nome individual a corretagem, a mediação, tanto que dá às partes a nota do contrato por ele assinada (Cód. Com., art. 48), e no interesse próprio; é a corretagem ou mediação, que constitui ato de comércio".

O fato de o Código, como se viu, proibir ao corretor a prática de qualquer espécie de negociação e tráfico direto ou indireto, debaixo de seu ou alheio nome, não o descaracteriza como comerciante que é. Pela peculiaridade e relevância de sua função, deve ele dedicar-se exclusivamente ao negócio de mediação, aproximando os interessados na formulação de contratos. E um agente do interesse alheio, não podendo na sua atividade imiscuir o seu próprio interesse. Como o definiu sugestivamente Vidari, é o instrumento material da convenção, ou, como dizia Bolaffio, uma máquina humana para fazer contratar.

A opinião dos autores não coincide quanto ao desvendamento da natureza jurídica do contrato de corretagem, pelo qual os corretores se capacitam a intermediar negócios alheios. Uns nele vêem o mandato. Mas mandato não é, pois, o corretor não representa o interessado no negócio, mas apenas aproxima um contratante do outro, levando-os a contratar. Pode o corretor até aproximar, por sua iniciativa, dois interessados, levando-os a realizar o negócio, atuando pelos dois interesses, o que não poderia ocorrer se fosse ele mandatário. Outra corrente vê no contrato de corretagem a comissão. Nesse contrato o comissário age em seu nome, mas no interesse de outrem, seu comitente. O corretor não age em seu nome, pois, como já se viu no art. 59 do Código Comercial, é-lhe defeso agir em negociação direta ou indireta, debaixo de seu ou de alheio nome. Não é, tampouco, locação de serviços. O que se pretende no contrato de corretagem não é o serviço em si do corretor, mas o resultado da mediação, isto é, a conclusão do negócio.

O contrato de corretagem é um contrato típico, que tem o seu próprio perfil jurídico: é contrato de corretagem. (*in* **Curso de Direito Comercial**, - 1º volume - pág. 151 - Editora Saraiva - 22ª edição).

Idem o que ensina Fran Martins:

Na realidade corretores e leiloeiros são comerciantes de uma categoria especial, que não podem dedicar-se a outras atividade que não as que lhes são próprias, razão pela qual o Código lhes proibiu o exercício do comércio (arts. 59, n. 1, e 68), devendo-se entender, entretanto, por exercício do comércio o exercício de atividades comerciais outras que aquelas que a lei taxativamente lhes impõe. Ademais para justificar essa proibição do exercício geral do comércio, os corretores e leiloeiros, além de intermediários em transações comerciais, exercem ofício público, que lhes é outorgado pelo Estado. Assim contrariamente ao que acontece com os comerciantes comuns, as certidões passadas pelos corretores terão fé pública (Código Comercial art. 52).

[...] Nessas condições, não são os corretores e leiloeiros meros “agentes auxiliares do comércio”, como estatui o Código Comercial, mas *comerciantes* de uma categoria especial submetidos a um estatuto particular, exercendo além de uma atividade de ordem privada um ofício público. (*in* Curso de Direito Comercial, editora Forense, 22ª ed, pág. 70) (grifo nosso).

Idem Maria Helena Diniz:

Os corretores de seguros são os intermediários, pessoas físicas ou jurídicas. legalmente autorizadas a angariar e a promover contratos de seguros, admitidos pela legislação vigente, entre as sociedades de seguros e as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.

Os corretores são considerados auxiliares do *comércio*, ante a acessoriedade de sua atividade de intermediação, que procura estimular o interesse das partes, levando-as a um acordo útil.

Os corretores emprestariam uma colaboração técnica à empresa, aproximando *comerciantes*.

O corretor terá a função de aproximar pessoas que pretendam contratar, aconselhando a conclusão do negócio, informando as condições de sua celebração, procurando conciliar os seus interesses. Realizará, portanto, uma intermediação, colocando o contratante em contato com pessoas interessadas em celebrar algum ato negocial, obtendo informações ou conseguindo o que aquele necessita.

O contrato de corretagem ou mediação é a convenção pela qual uma pessoa, sem qualquer relação de dependência, se obriga, mediante remuneração, a obter para outrem um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas, ou a fornecer-lhe as informações necessárias para a celebração do contrato.

O objetivo do contrato de corretagem ou de mediação não é propriamente o serviço prestado pelo corretor, mas *o resultado* desse serviço. *Daí ser uma obrigação de resultado e não de meio.*" (grifo nosso).

Idem Caio Mário da Silva Pereira, em *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 267:

Contrato de corretagem é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante remuneração, a agenciar negócios para outra, ou fornecer-lhe informações para celebração de contrato.

E um negócio jurídico contratual que adquiriu grande significação e notável incremento, e por isso merece melhor disciplina e mais detida cogitação dos Códigos modernos. Entre nós, não obstante a proliferação que encontrou, continua atípico por alta de disciplina concentrada, relegado seu ordenamento para alguns diplomas pertinentes a certas categorias profissionais, ou abandonado às vacilações da jurisprudência. Na sua análise, pode-se-lhe apresentar um misto de prestação de serviços e de mandato, porque o corretor, sem ser empregado, presta a sua atividade ao comitente, que limitadamente representa também. As vezes, reforça-se o aspecto da continuidade e encaminha-se o contrato para o lado da relação de emprego: outras vezes, acentua-se o caráter de representação. e desenha-se o mandato em linhas mais vivas. *Mas, enquanto corretagem propriamente dita, o contrato, guardando analogia com um e outro, deve ser tratado com autonomia.*" (grifo nosso).

Idem Arnold Wald ("A remuneração do corretor", in *Revista dos Tribunais*, vol. 561, pp. 9-10, ano de 1982):

Desde o Direito Romano o corretor é considerado como o conciliador que leva as partes a concluírem um contrato, *DISTINGUINDO-SE tanto do mandatário como do comissário e DO LOCADOR DE SERVIÇOS*.

Efetivamente, enquanto o mandatário representa o mandante, o *correto* não exerce essa função. O comissário contrata em seu nome e por conta de outrem, limitando-se o corretor a aproximar as partes contratantes.

Finalmente, o locador de serviços se obriga a fornecer a sua força de trabalho físico ou intelectual, enquanto o mediador garante ao cliente "o resultado desse serviço.

Estabeleceu-se, pois, um consenso no sentido de ser o contrato de corretagem autônomo, atípico ou *sui generis*, conforme já entendiam os nossos comercialistas desde o século passado.

E ainda a doutrina que salienta que o objeto do contrato de corretagem ou de mediação *não é um serviço propriamente dito* que o mediador tem de prestar, mas o resultado desse serviço. Invocando a lição sempre atual de Francesco Carnelutti, os comercialistas reconhecem que ocorre, no caso, uma *Obrigação de resultado*, e não uma simples obrigação de meios. (grifos nossos e do autor).

Idem Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, vol. 43, 2ª ed. RJ; Editora Borsai, 1963, pp. 333-334):

A corretagem é a atividade intermediatriz entre pessoas que desejam contratar, ou praticar para outrem algum ato; é intermediação, em senso largo, assalariada, nas negociações de caráter civil ou mercantil, mas, de ordinário, *importa comercialidade dos atos de corretagem*, pela natureza dos negócios jurídicos visados.

Qualquer corretor que pratique, habitual e profissionalmente, atos de intermediação. É comerciante.

O negócio jurídico que resulta do ato de corretagem, é ato de comércio. (grifo nosso).

De tudo quanto exposto, tem-se, de modo indubitável, que o corretor não efetua prestação de serviços. A sua atividade é de comerciante de natureza especial.

Configurado esse panorama, por o corretor não prestar serviços às empresas de seguro, não há incidência da contribuição social sobre o negócio jurídico de intermediação celebrado com as seguradoras e os segurados.

O Código Civil de 2002, em seus arts. 722 a 729, regula o contrato de corretagem.

O art. 722 dispõe que "pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato de prestação de serviços ou por qualquer relação de

dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas”.

Estabelece, portanto, o NCC, de modo bem nítido, ser o contrato de corretagem especial, cuja característica é de que a pessoa que o celebra com outra não possui nenhum vínculo de prestação de serviços.

Valéria Bononi Gonçalves de Souza, em “Comentários ao Código Civil Brasileiro - Direito das Obrigações”, obra integrante da coleção coordenada por Arruda Alvim e Thereza Alvim, vol. VII, Editora Forense e Fredisp, pp. 4 a 40, comenta o contrato de corretagem no NCC.

Destaco, da doutrinação exposta pela autora citada, os trechos seguintes:

No intuito de dirimir qualquer controvérsia que ainda pudesse pairar a respeito da natureza jurídica do contrato de corretagem, o legislador entendeu por bem defini-lo, desde já, no texto do art. 722, indicando que o mesmo não deve ser confundido, como já o foi no passado, com as figuras do mandato, locação de serviços, de obras, comissão e, até mesmo, com a fiança.

Mais adiante, a bem demonstrar que o corretor não presta um serviço, e sim celebra um negócio jurídico de mediação entre as partes, a referida autora explora as características do contrato de corretagem, afirmando:

No contrato de corretagem as vontades das partes - corretor e comitente - convergem para uma finalidade comum, em que o primeiro se compromete, mediante renumeração, a obter para o segundo alguém interessado na realização de certo negócio.

Diante de tudo quanto exposto, a corretagem de seguros ou de qualquer outro tipo não configura prestação de serviço autônomo, por ser negócio jurídico bilateral de intermediação com características próprias.

Isso posto, acompanhando o voto divergente do Min. Luiz Fux, dou provimento ao recurso.

É como voto.

Acrescento aos fundamentos acima anunciados o que, sobre o tema em debate, escreveu Célio Borja (fls. 585/589):

2. os corretores, profissionais autônomos, são intermediários legalmente autorizados a angariar e promover seguros; nessa qualidade, lhes é vedado “serem sócios, administradores, procuradores, despachantes ou empregados de empresas seguradoras” (Lei n. 4.594, de 29 de dezembro de 1964, artigo 17, a e b) e “manter relação de emprego ou de direção com sociedade seguradora” (Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966, art. 125, al. b).

Essas disposições vedatórias, que revogaram as que, antes, enfeudavam os corretores às sociedades seguradoras, convertem em dever jurídico a obrigação

moral do corretor de servir apenas ao segurado, em respeito à relação de fiducia, que entre eles se estabelece. Por força dela, não pode o corretor subordinar-se ao segurador, como é próprio da locação ou prestação de serviços. Em face da companhia seguradora o corretor é um terceiro e a única obrigação que tem para com ela é a da lealdade, de natureza estritamente moral.

É, portanto, da ética da corretagem de seguro que os seus serviços não podem ser prestados ao segurador que, por isso, não deve nem remuneração, nem retribuição ao corretor.

3. Ora, se é elemento essencial do fato gerador da contribuição social em exame, que o serviço seja prestado, mediante pagamento, ao sujeito passivo da obrigação tributária (... “remunerações ou retribuições por elas pagas ou creditadas” ... “pelos serviços que **lhes prestem**”, Lei Complementar n. 84, art. 1º, I), parece-me que a sociedade seguradora, não tendo obrigação de remunerar, nem de retribuir, serviço que não lhe foi prestado, mas, sim, ao segurado, nada deve ao corretor, porque não assumiu nenhuma obrigação para com ele, mas lhe transfere (paga) as comissões de corretagem “admitidas para cada modalidade de seguro, pelas respectivas tarifas inclusive em caso de ajustamento de prêmios” (Lei n. 4.594, de 29 de novembro de 1964, art. 13). Não se há de atribuir ao verbo pagar e ao substantivo pagamento, empregados nas Leis n. 4.594, de 1964, e 6.317, de 22 de dezembro de 1975, o sentido de liquidação de obrigação decorrente de contrato de prestação de serviços, mas de simples transferência do valor da comissão devida pelo segurado, de cuja entrega se incumbe *o segurador por força do comando legal*, não de um contrato de prestação de serviços, repita-se.

4. A procedência dessa asserção é abonada pela disposição do artigo 19, da Lei n. 4.594, de 1964, que manda recolher ao Fundo de Desenvolvimento Educacional do Seguro (que a destinará a escolas e cursos de formação e aperfeiçoamento profissional de corretores de seguros e prepostos) a importância cobrada a título de comissão e *calculada de acordo com a tarifa respectiva*, sempre que o seguro tenha sido contratado diretamente pelo segurador com o segurado.

Essa parte da tarifa destinada ao corretor não pertence, como se vê, ao segurador, não se incorpora ao seu patrimônio e não pode ser qualificada de retribuição ou remuneração de serviço a ele prestado, porque já pertence ao corretor no momento em que o prêmio é recebido pelo segurado.

Reproduzo os artigos 18 e 19, da Lei n. 4.594, de 1964, relevantes para o ponto em exame:

Art. 18 – As sociedades de seguros, por suas matrizes, filiais, sucursais, agências ou representantes só poderão receber proposta de contrato de seguros:

- a) por intermédio de corretor de seguros devidamente habilitado;
- b) diretamente dos proponentes ou de seus legítimos representantes.

Art. 19 – Nos casos de aceitação de propostas pela forma a que se refere a alínea b do artigo anterior, a importância habitualmente cobrada a título de comissão e calculada de acordo com a tarifa respectiva será recolhida ao Fundo de Desenvolvimento Educacional do Seguro, administrado pela Fundação Escola Nacional de Seguros (FUNENSEG), que se destinará à criação e manutenção de:

- a) escolas e cursos de formação e aperfeiçoamento profissional de corretores de seguros e prepostos;
- b) bibliotecas especializadas.

5. Por último, parece-me que se o aplicador da norma tributária altera o conteúdo, o conceito, a forma ou o alcance de um instituto jurídico não tributário, para lograr uma conseqüência a este não imputada pela lei tributária, viola dogma hermenêutico, e o artigo 109, do Código Tributário Nacional igualmente.

Se o corretor de seguros não pode prestar seus serviços às sociedades seguradoras, que, por isso, não lhes devem remuneração ou retribuição, não é possível exigir dessas sociedades uma contribuição social que tem por fato gerador a prestação de serviços e por base de cálculo o valor de remunerações e retribuições pagas aos que os prestam.

Não pode o aplicador da lei tributária presumir que o corretor sirva ao segurador, se está legalmente proibido de fazê-lo.

De igual forma, o entendimento de Eduardo Ribeiro (fls. 593/598):

O corretor de seguros não se vincula à seguradora. Não se confunde com um agente. Salienta, a propósito, Carvalho Neto:

“Os agentes são sempre empregados das sociedades. Exercem mandato nas suas atividades, representando as companhias, agindo em nome delas. Ao passo que os corretores nem são empregados, nem mandatários. Não representam as companhias, nem os pretendentes, sendo meramente intermediários entre ambos”³

A lei brasileira que regula a profissão de corretor de seguros bem atentou para essa importante característica. Assim é que, em seu artigo 17, estabeleceu a vedação, para eles e seus prepostos, de “serem sócios, administradores, procuradores, despachantes ou empregados de empresa de seguros”. O artigo 125 do Decreto-Lei 73/66 veio dispor que defeso aos corretores e seus prepostos “manter relação de emprego ou de direção com Sociedade Seguradora”. No parágrafo único, estendeu a proibição a sócios e diretores de empresas de corretagem. Estão impedidos, pois, de estabelecer vínculo com uma determinada seguradora. O espírito da lei é o de que devam resguardar sua autonomia.

Vale salientar que a posição singular que ostentam os corretores de seguro, em razão mesmo dessa autonomia, foi acentuada no artigo 8º daquele Decreto-Lei. Ali se dispôs que o Sistema Nacional de Seguros Privados seria constituído pelo Conselho Nacional de Seguros privados, pela SUSEP, pelo IRB, pelas sociedades seguradoras e pelos corretores habilitados. Integram, pois, o sistema, como categoria à parte.

Note-se a diferença entre essa atividade profissional e a do corretor de imóveis, para a qual não existe igual proibição (Lei 6.530/78). Nada impede, assim, que uma sociedade incorporadora de edifícios em condomínio tenha como seus administradores, empregados ou procuradores um corretor que eventualmente se incumba de intermediar a venda de unidades em incorporações imobiliárias por ela efetivadas.

Parece evidente, pois, que a lei, ao interditar que tenha os apontados liames com seguradoras em geral, visou a resguardar sua independência, em relação a qualquer delas, e seria manifesto contra-senso ter-se como admissível que locasse seus serviços a uma dessas empresas, ainda que sem vínculo de subordinação. Isso fosse possível, a norma proibitiva ficaria vazia de significado. Tenha-se em conta o absurdo. Ao corretor é defeso ser empregado de uma seguradora, ainda que para essa se abstenha de angariar qualquer contrato. Seria permitido, entretanto, ligar-se a qualquer uma, locando-lhe seus serviços, exatamente para aliciar pretendentes ao seguro. Não é isso, a toda evidência, o que a lei objetivou.

Cumpre assinalar que essas considerações não são pertinentes apenas para os ramos elementares. Apesar da esdrúxula regulamentação dada pelo Decreto 56.903 aos corretores de seguros de vida e de capitalização, no que diz com a forma de sua habilitação, não se modificou, porque seria contrário à lei, o caráter autônomo da atividade, que não pode subordinar-se a qualquer seguradora. A situação paradoxal é acentuada por Elcir Castelio Branco⁴.

Evidencia-se, ainda, que os serviços não são prestados à seguradora a consideração de que devido o pagamento ao corretor, ainda que aconselhe o cliente a contratar com empresa diversa daquela com que veio a firmar-se o contrato. Efetuou seu trabalho, prestando assessoria ao interessado. Fará jus à remuneração, nada importando que a seguradora tenha ciência de que aconselhara os serviços de outra.

Conclui-se, do exposto, que o corretor de seguros, embora tenha como atividade específica angariar e promover contratos de seguros, não o fará em benefício de uma determinada seguradora. Pena de ser desleal com o pretendente, haverá de expor-lhe as vantagens e inconvenientes dos diversos contratos disponíveis, ofertados pelas várias empresas, orientando-o quanto ao mais adequado a seus interesses. Essa sua função e para isso se habilita tecnicamente. Seu trabalho é útil ao mercado segurador em geral. Para esse promove e angaria contratos. Isso de nenhum modo, entretanto, corresponde à prestação de serviço a uma empresa de seguros, não realizando, pois, a hipótese de incidência descrita no item 1 do artigo 1º da LC 84.

Objecção que se coloca nessa mesma linha, mas, *data venia*, igualmente destituída de substância, reside na circunstância, às vezes apontada, de que, consistindo a atividade na intermediação, haveria proveito para ambas as partes que, em virtude da diligência do intermediário, viessem a concluir o contrato.

Existe, aí, um equívoco no enfoque. Como acima já colocado em relevo, não há dúvida de que o trabalho do corretor é útil para o mercado segurador como um todo. E poderá, concretamente, resultar em proveito para determinada empresa que aceite a proposta de seguro. A circunstância, entretanto, de o trabalho desenvolvido pelo corretor ter-lhe sido de utilidade, haver-lhe acarretado mesmo uma vantagem não significa que se trate de serviço a ela prestado, como exige a lei.

Em grande número de atividades ocorrem fatos semelhantes, consistentes em o serviço dispensado a uma pessoa ser proveitoso para terceiro. Nem por isso se haverá de admitir que a esse esteja sendo prestado. Figure-se a hipótese de um consultor financeiro que aconselha seu cliente a subscrever ações de uma sociedade anônima. Do construtor que sugere a aquisição de material de determinada marca. Do advogado que recomenda a seu constituinte a conclusão de um acordo. Em todos esses casos, a atuação profissional será útil, não só a seu cliente, como à outra parte envolvida na operação. Daí não se concluirá, entretanto, que o serviço tenha sido prestado a essa.

Dir-se-á que a conduta profissional do corretor nem sempre se pauta por tais diretrizes, podendo suceder que eventualmente se ligue a uma determinada empresa e para ela cuide de aliciar interessados em contratar seguro. Claro que isso poderá em algum caso ocorrer. Em todas as atividades humanas existem profissionais que se desviam do procedimento recomendável. Não será, entretanto, essa possibilidade que haverá de transformar a exceção em regra. Não se há de presumir a deslealdade. Inconcebível, em verdade, considerar presente o fato gerador, para a generalidade dos casos, apenas em razão de ser possível apontar um ou outro comportamento francamente destoante daquilo que a lei pretendeu ao vedar a vinculação do corretor a qualquer seguradora. Não será ele um "vendedor de seguros", trabalhando para uma empresa, mas alguém que deverá orientar os pretendentes, visando ao interesse deles.

Também não está a merecer acolhida a alegação de que, consoante o constitucionalmente estabelecido, a seguridade social será financiada por toda sociedade e, assim sendo, não poderiam as seguradoras eximir-se de contribuir. O argumento, em realidade, dizêmo-lo sem prejuízo de todo o respeito devido aos que possam acolhê-lo, carece da mais mínima base.

Eduardo Ribeiro, ministro aposentado, conclui seu estudo sobre a matéria respondendo aos quesitos que lhe foram apresentados da forma seguinte (fls. 599/604):

Primeiro – À luz do que dispõe o artigo 125 do Decreto-lei 73, de 21.11.1966 e o artigo 17 da Lei 4.594, de 29.12.1964, os corretores prestam serviços aos segurados ou às seguradoras?

Resposta – Consoante expusemos nas considerações acima expendidas, a razão de ser da proibição legal de que os corretores se vinculem a qualquer companhia seguros reside, exatamente, na necessidade de resguardar sua autonomia, já que devem assistir aos segurados, não podendo, em consequência, a elas prestar serviços. Integram esses profissionais o Sistema Nacional de Seguros Privados, ao lado das sociedades seguradoras (DL 73/66 – art. 8º).

Segundo – Decorre da legislação referida no primeiro quesito o entendimento de que os corretores têm deveres jurídicos e de lealdade para com os segurados, o que os impede juridicamente de prestar serviços na contratação de seguros às seguradoras que na operação têm alguns interesses comuns e outros contrários aos dos segurados?

Resposta – Nosso Código Civil absteve-se de fornecer um conceito genérico de contrato, ao contrário do que sucede em outros ordenamentos jurídicos. Tem-se como aceitável o contido no artigo 1.321 do Código Italiano, segundo o qual o contrato é o acordo entre duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre elas, uma relação jurídica patrimonial. É da natureza das coisas que, ao constituir uma relação dessa natureza, de cunho patrimonial, busquem as partes auferir as vantagens que legal e moralmente possam alcançar. Daí que os interesses se contraponham, ainda que para todas seja conveniente a conclusão do acordo.

No caso específico do seguro, existem cláusulas com diversos conteúdos, consoante a empresa que se disponha a assumir o risco, que poderão ser mais ou menos vantajosas para o segurado. Ao corretor cabe orientá-lo, de modo a que esse faça o contrato nos melhores termos e por isso a lei veda que se vincule a qualquer seguradora. Prestasse simultaneamente serviços a alguma delas, ficaria comprometida a lealdade para com o segurado. A vedação a que isso se faça decorre da regulamentação legal que coloca o corretor como integrante do sistema e veda-lhe tenha vínculo com seguradora.

Terceiro – Em caso de resposta afirmativa ao quesito imediatamente anterior, poderá a cobrança da contribuição em exame ser realizada mediante a presunção de que o corretor age ilegal ou deslealmente e presta serviços às seguradoras? Mesmo que isso ocorra em algum caso, podem às autoridades previdenciárias, sem realizarem a prova do ocorrido, cobrarem o tributo de todas as seguradoras em todos os casos?

Resposta – Não pode subsistir dúvida alguma de que a indagação deve ser respondida negativamente. Inadmissível haja imposição tributária com base em simples conjecturas de que possa haver um comportamento contrário ao que resulta do sistema legal. Note-se que haveria aí uma forma de presunção de fraude o que depende de expressa previsão legal como, por exemplo, na

fraude de execução (CPC art. 593). Para se reconhecer a incidência da norma, indispensável se demonstre, concretamente, que ocorrido o fato, a cuja verificação se condiciona o nascimento da obrigação.

Quarto – O fato de um profissional contratado por uma das partes, no caso o segurado, propiciar benefício a esta e também a outra torna devida a remuneração por ambas as partes? Um advogado da empresa A, que preste serviço para a referida empresa e a ela permite concretizar um contrato de compra e venda de um imóvel com a empresa B, faria jus a remuneração por parte de ambas as empresas?

Resposta – A questão foi examinada na parte expositiva do parecer. O fato de um serviço prestado a determinada pessoa trazer proveito para a outra não significa que a essa também o tenha sido. Trata-se de algo que freqüentemente ocorre, como salientado acima, em que exemplificamos com o consultor financeiro que recomenda a seu cliente determinado investimento. O serviço apenas a ele é prestado, embora possa ser proveitoso também para o terceiro com quem o negócio vem a ser concluído.

Quinto – Assiste razão ao eminente jurista especializado em Direito de Seguros, Ricardo Bechara Santos, ao afirmar que a finalidade do legislador foi a de fazer com que um técnico de seguros, que é corretor, trabalhe para o segurado para equilibrar a relação da operação de seguros já que a seguradora conhece tecnicamente o seguro e sabe negociar os seus interesses, ao contrário do que sucede com quase a totalidade dos segurados?

Resposta – Como deixamos consignado acima, a exigência legal de habilitação técnica do corretor justifica-se em razão da assistência que deve dispensar a quem dela carece. Evidentemente que para as empresas de seguros isso não se reclama. A seguradora dispõe de seus próprios técnicos, o que é indispensável a sua sobrevivência no mercado. O papel do corretor consiste em assistir ao segurado, orientando-o quanto às várias particularidades do contrato e alertando-o para as vantagens e desvantagens de suas cláusulas. O candidato ao seguro é normalmente um leigo e para ele, não para o profissional, a assistência técnica se justifica.

Sexto – O princípio do devido processo legal substantivo, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, consagra a proporcionalidade e a razoabilidade das leis, como é sabido. Ainda que se admitisse para argumentar que o corretor prestasse serviços à seguradora e ao segurado, a cobrança das seguradoras da contribuição em exame sob a mesma alíquota aplicada à generalidade das empresas quando beneficiárias exclusivas dos serviços de autônomos poderia prevalecer à luz do referido princípio e do princípio constitucional da igualdade perante à lei?

Resposta – O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, ínsito ao *substantive due process of law*, tem sido objeto de consideração doutrinária, entre nós, em numerosos trabalhos de autores como Caio Tácito, Suzana

Toledo de Barros e vários outros. E encontrou acolhimento que se pode ter como absolutamente tranqüilo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Acórdãos relatados por Themístocles Cavalcanti (RTJ 44/322) e Rodrigues Alckmin (Rp 930) já se referiam à necessidade de resguardar a proporcionalidade, coartando eventuais abusos do legislador. Nos tempos atuais, amiudaram-se julgamentos nesse sentido.

Na hipótese em exame, admitir-se que o serviço do corretor estaria sendo prestado também à seguradora e, com base nisso, considerar que se realizava a hipótese de incidência da contribuição instituída pela LC 84 importaria manifesta ofensa ao requisito da proporcionalidade de que o legislador não pode afastar-se. Parece evidente que, se a contribuição é devida quando o serviço é prestado a determinada empresa, não o pode ser, nos mesmos termos, quando o é a mais de uma pessoa. Pretendesse a lei admitir essa hipótese como apta a gerar obrigação tributária, haveria de fazê-la proporcional, pena de desatender ao apontado princípio. Aplicar simplesmente a mesma não é possível.

A isonomia igualmente estaria atingida, pois se estaria desconhecendo a imposição que dela deriva de que os desiguais haverão de ser tratados desigualmente, regra que remonta à antigüidade. Não sendo possível ao juiz modificar a lei para estabelecer alíquotas diferenciadas, só resta deixá-la de aplicar, emprestando-lhe entendimento que a acomode ao texto constitucional, quando do contrário pudesse resultar ofensa aos citados princípios.

Isto posto, o meu voto é dando provimento ao recurso.

De igual modo, no julgamento do REsp 600.212/RJ:

O debate instaurado na lide examinada, em sede de recurso especial, está concentrado em se definir se a empresa de seguro privado está obrigada a recolher a contribuição previdenciária instituída pela LC nº 84, de 18 de janeiro de 1996, sobre os valores por ela pagos aos corretores de seguros.

O dispositivo questionado é o art. 1º, inciso I, com a seguinte redação:

“Art. 1º - Para a manutenção da Seguridade Social, ficam instituídas as seguintes contribuições sociais:

I - a cargo das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, no valor de 15% do total das remunerações, ou retribuições por elas pagas ou creditadas no decorrer do mês, pelos serviços que lhes prestam, sem vínculo empregatício, os segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas”.

A empresa seguradora, ora recorrente, entende que o contrato de corretagem não é contrato de prestação de serviços. Não o sendo, inexistente suporte legal

para a exigência da contribuição previdenciária sobre os valores que, a título de comissão, repassa para os corretores.

O contrato de corretagem é definido pela doutrina como sendo de mediação para fins consumativos de um negócio jurídico bilateral.

Esta é a opinião de Rubens Requião (Curso de Direito Comercial, Vol. I, 21ª ed., 1993, pg. 157):

“O corretor não age em seu nome, pois, como se viu no art. 59 do Código Comercial, é-lhe defeso agir em negociação direta ou indireta debaixo de seu ou de alheio nome. Não é, tampouco locação de serviços. O que se pretende no contrato de corretagem não é o serviço em si do corretor, mas o resultado da mediação, isto é, a conclusão do negócio. O contrato de corretagem é um contrato típico, que tem o seu próprio perfil jurídico: é contrato de corretagem”.

O mesmo pensamento é expressado por Carvalho de Mendonça, no artigo “Dos Corretores, in “O Direito”, Vol. 97, ano XXXIII, 1905, pg. 36: “... o corretor não loca o próprio serviço, a remuneração é devida quando ele consegue o acordo das partes. Não é o serviço que tem de prestar o mediador, é o resultado deste serviço o objeto do contrato de corretagem. O maior ou menor tempo não se pesa; a dificuldade ou facilidade de desempenho da sua função não se levam em conta”.

Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XLIII, Edit. Borsoi, 3ª ed., 1972, pág. 342:

“O elemento de serviço ou de obra que entra no contrato de corretagem não lhe tira a característica...”.

J.M. de Carvalho Santos, em “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, Vol. XIII, Ed. Borsoi, p. 159, doutrina:

“Parece-nos, igualmente, razoabilíssimo considerar a corretagem como um contrato à parte, de vez que a função do corretor parece, realmente ser diversa de todas as outras por nós examinadas. A nosso ver, o corretor se distingue - como na prática é comum distinguir-se - do mandatário, do comissário, do locador de serviços e do empreiteiro. Sua função é aproximar dois contratantes ganhando como prêmio do êxito do negócio uma quantia determinada ou proporcional ao preço do negócio”.

A doutrinação acima referida está citada na petição inicial dos autores.

Orlando Gomes, em sua obra “Contratos”, Ed. Forense, 1978, p. 450, afirma que o contrato de corretagem é unilateral e de mediação.

Eis o que leciona:

“Consiste a atividade do corretor em aproximar pessoas que desejam contratar, pondo-os em relação.

Cumpra sua função aconselhando a conclusão do contrato, informando as condições do negócio e procurando conciliar os interesses das pessoas que aproxima”.

Mais adiante:

“Agem os corretores em nome pessoal, com independência. Se exercem sua atividade por força de relação jurídica de subordinação, deixam de ser corretores, ou, mais precisamente, não celebram contrato de corretagem ou mediação. É essencial que procedam com autonomia. Do contrário, serão representantes, comissários e, até, empregados”.

Antônio Carlos Mathias Coltro, em “A corretagem e a mediação na atualidade e no direito projetado”, artigo publicado na Rev. Trimestral de Direito Civil, ano 1, n. 3/2000, p. 19, assevera que o contrato de corretagem é, por sua natureza, *sui generis*, por ter como objeto principal, ao invés de um serviço a ser prestado pelo mediador, o resultado desse serviço”.

Corroando esse entendimento doutrinário, o Novo Código Civil determina, em seu art. 722, que “pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas”.

Jonas Figueiredo Alves, em “Novo Código Comentado”, Ed. Saraiva, p. 653, explica a dicção do art. 722:

“O novo Código Civil introduz em capítulo próprio o contrato de corretagem ou de mediação como contrato típico e nominado. A sua natureza jurídica apresenta-se definida pelo primeiro dos oito artigos que oferecem a esse contrato uma disciplina normativa adequada. Pelas suas características específicas, não se confunde com a prestação de serviços, o mandato, a comissão ou contra contrato em que haja vínculo de subordinação ou de dependência. É interessante assinalar que o contrato de mediação não tem objeto em si próprio, mas a formação de outro contrato. (arquivos TARJ 29/219)”.

O contrato de corretagem não é considerado como de prestação de serviço porque o seu objeto é, apenas, o da obrigação de obter resultado. Ele não caracteriza uma “contratação de pessoa, com qualificação técnica para um serviço específico, prestando-o por período determinado, mediante remuneração. A

atividade contratada não se caracteriza habitual em sua prestação ao contratante e é exercida pelo prestador do serviço com autonomia técnica e sem qualquer subordinação de poder (sujeição hierárquica) ou dependência econômica em relação ao tomador do referido serviço”.

O Novo Código Civil regula o contrato de prestação do serviço nos arts. 593 a 609. O contrato de corretagem submete-se à disciplina dos arts. 722 a 729. Possuem, portanto, natureza jurídica diferente.

Se a corretagem não é prestação de serviços, não pode ser exigida a contribuição previdenciária questionada nos autos das empresas de seguro, nem dos segurados.

O princípio da legalidade tributária a tanto impõe.

Isso posto, com o meu pedido de vênia ao eminente relator, dou provimento ao recurso.

Em face do exposto, DOU provimento ao recuso especial.

É como voto.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Sr. Presidente, tinha a intenção de pedir vista dos autos, mas abstenho-me, proferindo meu voto, porque os votos divergentes antecedentes, do Juiz Carlos Fernando Mathias e do Ministro José Delgado, foram muito claros quando estabeleceram exatamente a natureza jurídica do corretor.

A partir daí, temos a linha de entendimento para chegarmos à incidência ou não-incidência.

Tradicionalmente, tenho o corretor de seguros, por meio de um contrato que está estabelecido no Código Civil, absolutamente independente e autônomo, e, dessa forma, não posso colocar este profissional inserido na tipicidade dada pela Lei Complementar n. 84 para efeito de instituir uma tributação, agredindo o princípio da tipicidade fechada. Como vejo aqui, dito muito bem no voto vencido de V. Exa. na Turma, em verdade, o que se faz ao atribuir a incidência dessa contribuição à remuneração que se paga ao corretor de seguros é efetivamente criar um tributo por analogia, o que, para o Direito Tributário, é a mais absoluta anomalia, é o mesmo que invadir a tipicidade fechada do Direito Penal. Então, os tributos são criados dentro das situações descritas pelo

legislador e, tradicionalmente, o corretor de seguros é um profissional autônomo e está fora do alcance da Lei Complementar n. 84.

Dessa forma, estou tranqüila agora, depois dos votos antecedentes, em acompanhar a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias, para dar provimento ao recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Faz-se oportuno transcrever o disposto na Lei n. 8.212/91, que em sua redação original assim está plasmada, *verbis*:

“Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

...omissis

IV - como trabalhador autônomo:

a) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego;

b) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não.”

Posteriormente veio a Lei n. 9.876/99 que vetou o inciso “IV” e acresceu as alíneas “f”, “g” e “h”, ao inciso V do artigo encimado, mantendo as figuras acima, *verbis*:

“Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

“f) o titular de firma individual urbana ou rural, o diretor não empregado e o membro de conselho de administração de sociedade anônima, o sócio solidário, o sócio de indústria, o sócio gerente e o sócio cotista que recebam remuneração decorrente de seu trabalho em empresa urbana ou rural, e o associado eleito para cargo de direção em cooperativa, associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, bem como o síndico ou administrador eleito para exercer atividade de direção condominial, desde que recebam remuneração;

g) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego;

h) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fim lucrativo ou não;

Resta definida, então, a adequação do corretor à figura do segurado, conforme se deduz das alíneas transcritas.

Observe-se que tal definição não afastou as hipóteses delimitadas à figura do corretor de seguros, os quais, credenciados, intermediariam os contratos, comportando-se como comerciantes autônomos, no dizer da recorrente.

Pela mesma Lei n. 8.212/91, artigo 11, III, “a”, as receitas da seguridade social incidem sobre a remuneração paga aos segurados *a seu serviço*. Transcrevo, *verbis*:

Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas:

I - receitas da União;

II - receitas das contribuições sociais;

III - receitas de outras fontes.

Parágrafo único. Constituem contribuições sociais:

a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;

Observe-se aqui que a legislação, ao determinar a incidência da contribuição sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a serviço das empresas, não se preocupa com definição técnica ou atinente a um determinado ramo de atividade. É critério geral atingindo a todos, sem distinção.

Nesse panorama, os corretores para as finalidades da Lei da Seguridade Social seriam mesmo prestadores de serviços, sem perscrutar acerca das definições técnicas a que alude o recorrente.

Frise-se, por oportuno, que o não-recolhimento da contribuição na hipótese em tela equivaleria a verdadeira isenção e como tal, segundo regra contida no artigo 111 do CTN, deveria ser literalmente explicitada através de normativo legal, o que não ocorre *in casu*.

Sobre o assunto, destaco excerto do voto proferido na MC 9233/RJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 07/03/2005 p. 139, *verbis*:

“Também a Lei Complementar n. 84/96, ao prever que a contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários é devida pelo empregador, pelos serviços prestados por pessoas físicas, sem vínculo empregatício, não impôs, como requisito para hipótese de incidência da exação, que houvesse vínculo contratual entre as partes. No caso da corretagem de seguros, ainda que o corretor não esteja vinculado à seguradora, a sua

função é a de intermediar o segurado e a seguradora, contribuindo para a obtenção do resultado econômico pretendido pela empresa, a qual, em contraprestação ao serviço que lhe foi efetivamente prestado, remunera o corretor mediante o pagamento de uma comissão, arbitrada com base em percentagem do contrato celebrado. Assim, não há como deixar de reconhecer que as seguradoras utilizam a intermediação do corretor para a consecução de seus objetivos sociais, situação que não se desfigura em razão da vedação do arts. 17, b, da Lei 4.594/64 e 125, b, do Decreto-Lei n. 73/66, relativa à impossibilidade do corretor de seguro ser empregado ou manter relação de direção com a companhia seguradora” (fl. 86).

Por outro lado, a obrigatoriedade da intermediação do corretor na comercialização de seguros, imposta pela Lei n. 4.594/94, não desfigura a natureza da comissão que lhe é paga pela seguradora em contraprestação pecuniária pelos serviços prestados. Tal remuneração, portanto, configura a prestação de serviço autônomo, fato gerador da hipótese de incidência prevista no art. 1º da Lei Complementar n. 84/96”.

Tais as razões expendidas, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Sr. Presidente, também peço vênha para acompanhar o Sr. Ministro Relator, reportando-me às razões do voto que proferi na Turma.

Quero apenas salientar que o princípio constitucional da universalidade e da solidariedade em matéria previdenciária deve inspirar a interpretação das normas infraconstitucionais.

Acompanho voto do Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira: Sr. Presidente, a seguridade social, nos termos da Constituição, é regida pelos princípios da solidariedade e da universalidade. A Lei Complementar n. 84/1996 estabeleceu no art. 1º, inciso I, que, para manutenção desta seguridade, instituiu as contribuições sociais e elencou os trabalhadores autônomos. O art. 12 da Lei n. 8.202, de dezembro de 1991, também coloca entre os segurados obrigatórios da Previdência Social as pessoas físicas e como trabalhador autônomo quem presta serviços etc.

No caso, o contrato de seguro tem determinadas especificidades. Na sessão, foi bem debatida essa matéria e não vou me alongar. Há uma intermediação que, inegavelmente, é realizada principalmente em proveito da empresa. A corretagem que se falava em pé de igualdade evidentemente a corretagem em termos históricos, quando se fazia entre pessoas físicas, não com grandes empresas, que inegavelmente são as principais beneficiárias desse serviço, ainda que sob plena autonomia, sem nenhuma existência de dependência ou relação empregatícia.

Com essas breves considerações, *adiro ao voto do eminente Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso*, ainda que respeite os bem fundamentados votos em sentido contrário, especialmente o voto divergente do Sr. Ministro Carlos Mathias e o voto do Sr. Ministro José Delgado, que fez um verdadeiro tratado sobre a matéria.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial em que pretende a parte recorrente a declaração de não-incidência da contribuição previdenciária instituída pelo artigo 1º, I, da Lei Complementar n. 84/96, no pagamento efetuado pela recorrente a corretores, decorrentes de serviços prestados aos segurados em virtude da celebração de contratos de seguros.

A Lei Complementar n. 84/96 determina em seu artigo 1º, I, que:

"Art. 1º Para a manutenção da Seguridade Social, ficam instituídas as seguintes contribuições sociais:

I - a cargo das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, no valor de quinze por cento do total das remunerações ou retribuições por elas pagas ou creditadas no decorrer do mês, pelos serviços que lhes prestem, sem vínculo empregatício, os segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas;"

O termo "*por elas pagas*" constante do dispositivo legal vincula a interpretação da incidência da contribuição à restrita hipótese de que o valor pago deve ser despendido materialmente pela própria empresa seguradora e não por terceiros na relação contratual.

A hipótese legal não abrange, portanto, qualquer remuneração paga a quem não preste serviços à empresa contribuinte ou pagamentos efetuados por conta de terceiros.

No presente caso, como se verificará adiante, não incide a contribuição previdenciária porque a remuneração do corretor é feita diretamente pelo segurado, e não pela empresa seguradora.

Importante destacar que os corretores são profissionais autônomos, intermediários legalmente autorizados a angariar e promover seguros. Nessa condição, é-lhes vedado ter qualquer participação societária nas empresas seguradoras ou ainda manter relação de subordinação laboral ou de direção com as referidas empresas, nos termos da legislação que rege a atividade em análise (Lei n. 4.594/64, art. 17).

No mesmo sentido, afastando qualquer ligação entre a empresa seguradora e o corretor de seguros, dispõem os arts. 722 e 729 do Código Civil:

"Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas."

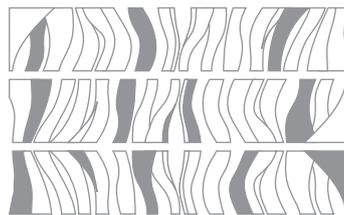
"Art. 729. Os preceitos sobre corretagem constantes deste Código não excluem a aplicação de outras normas da legislação especial."

O Código Civil corrobora a tese de que entre a empresa seguradora e corretor não existe qualquer ligação, seja "*em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência*".

Portanto, entendo que, na relação jurídica em análise, não restou preenchido o elemento essencial para a subsunção da hipótese tributária referente à legitimidade passiva do tributo, pois a empresa seguradora não "*paga ou credita*" valores em favor do corretor de seguros; quem efetua tal pagamento é o próprio segurado, sob a epígrafe de "comissão".

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para declarar a inexistência de relação jurídica que autorize a incidência da contribuição previdenciária prevista na Lei Complementar 84/96 sobre as comissões pagas em decorrência dos contratos de corretagem de seguro.

É como penso. É como voto.



Súmula n. 459

SÚMULA N. 459

A Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador mas não repassados ao fundo.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 8.036/1990, art. 22, alterada pela Lei n. 9.964/2000.

Lei n. 8.177/1991, art. 9º, com a redação dada pelo art. 30 da Lei n. 8.218/1991.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

**(*)REsp 1.032.606-DF (1ª S, 11.11.2009 – DJe 25.11.2009) –
acórdão publicado na íntegra**

REsp 830.495-RS (1ª T, 17.10.2006 – DJ 23.11.2006)

REsp 654.365-SC (1ª T, 28.08.2007 – DJ 1º.10.2007)

REsp 992.415-SC (1ª T, 21.02.2008 – DJe 05.03.2008)

(*) Recurso repetitivo.

Primeira Seção, em 25.8.2010

DJe 8.9.2010

RECURSO ESPECIAL N. 1.032.606-DF (2008/0008761-4)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogado: Leonardo Groba Mendes e outro(s)

Recorrido: SET - Sociedade Educacional de Taguatinga Ltda

Advogado: Valerio Alvarenga Monteiro de Castro e outro(s)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS RELATIVOS A NÃO-RECOLHIMENTO DE FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC.

1. A TR é índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos do FGTS decorrentes dos valores recolhidos pelos fundistas e não repassados ao Fundo. *Precedentes*: REsp 992.415/SC, Rel. Ministro José Delgado, DJ 05.03.2008; REsp 654.365/SC, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 1º.10.2007; REsp 480.328/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 06.06.2005; REsp 830.495/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 23.11.2006.

2. É que a taxa SELIC não tem aplicação na hipótese, porquanto há previsão legal apenas para que incida sobre tributos federais, consoante o previsto no art. 13, da Lei 9.065/95, não se aplicando às contribuições do FGTS, que conforme assinalado, não têm natureza tributária.

3. Consectariamente, os débitos perante o FGTS possuem disciplina própria de atualização monetária e de cobrança de juros moratórios, prevista na Lei 8.036/90, prescrevendo o mencionado diploma legal que sobre tais valores deve incidir a TR e juros de mora à razão de 0,5% ao mês, critérios que se adotam no caso em tela.

4. O art. 22, § 1º, da Lei 8.036/90 diz respeito a correção monetária e juros de mora a que está sujeito o empregador quando não efetua os depósitos ao FGTS, *verbis*:

Art. 22. O empregador que não realizar os depósitos previstos nesta Lei, no prazo fixado no art. 15, responderá pela incidência da Taxa Referencial – TR sobre a importância correspondente.

§ 1º Sobre o valor dos depósitos, acrescido da TR, incidirão, ainda, juros de mora de 0,5% a.m. (cinco décimos por cento ao mês) ou fração e multa, sujeitando-se, também, às obrigações e sanções previstas no Decreto-Lei n. 368, de 19 de dezembro de 1968.

5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

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 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, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Compareceu à sessão o Dr. André Banhara Barbosa de Oliveira, pela recorrente.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 25.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, com fulcro no art. 105, III, “a”, do permissivo constitucional, em face do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DE DÉBITOS RELATIVOS AO FGTS. APLICAÇÃO DA TR/TRD COMO FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA. ILEGITIMIDADE.

I – Consoante entendimento jurisprudencial já consagrado no âmbito de nossos Tribunais, afigura-se ilegítima a aplicação da TR/TRD, como fator de correção monetária do débito fiscal.

II – Apelações e remessa oficial desprovidas.

Foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. CARÁTER INFRINGENTE DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.

I – Inexistindo, no acórdão embargado, qualquer omissão, contradição ou obscuridade, afiguram-se incabíveis os embargos declaratórios, mormente quando manifestamente infringentes do julgado, como no caso, devendo a pretensão recursal ser deduzida na via processual adequada.

II – Embargos de declaração desprovidos.

Versam os autos acerca de embargos à execução opostos pela ora recorrente em face da execução fiscal promovida pela CEF em razão de não-recolhimento de parcelas do FGTS.

O juízo de primeira instância julgou parcialmente procedentes os embargos opostos, determinando a exclusão da TR como fator de correção monetária do débito fiscal, referente ao FGTS, substituindo-a pelo IPC.

Ambas as partes interpuseram recurso de apelação, tendo o TRF/1ª Região negado provimento aos recursos, nos termos da ementa supra destacada.

No recurso especial, pugna a Caixa Econômica Federal - CEF pela manutenção da incidência da TR sobre os débitos questionados, alegando-se violação aos arts. 13, *caput*, 22, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.036/90, bem como ao art. 9º da Lei n. 8.177/91, por intermédio da edição da redação dada pela Lei n. 8.218/91, cujo art. 30 assim dispõe:

Art. 30. O "caput" do artigo 9º, da Lei n. 8.177, de março de 1991, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 9º. A partir de fevereiro de 1991, incidirão juros de mora equivalentes à TRD sobre os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, com a Seguridade Social, com o Fundo de Participação PIS-PASEP, com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e sobre os passivos de empresas concordatárias, em falência e de instituições em regime de liquidação extrajudicial, intervenção e administração especial temporária.

Ausência de contra-razões conforme certidão de fl. 192.

Proferido juízo positivo de admissibilidade, subiram os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

Ante o caráter de recurso representativo de controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do CPC, o *thema iudicandum* restou afetado à Primeira Seção do STJ.

O Ministério Público Federal apresentou parecer às fls. 212/220, opinando pelo provimento do recurso especial, aplicando-se os efeitos do art. 543, “c”, § 7º, do CPC, nos termos da seguinte ementa:

“EMENTA. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. INCIDENTE PROCESSUAL DE APRECIÇÃO E JULGAMENTO DE RECURSOS COM FUNDAMENTO EM IDÊNTICA QUESTÃO DE DIREITO (RECURSOS REPETITIVOS), NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC, NA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.672, DE 08 DE MAIO DE 2008). QUESTÃO PROPOSTA PARA DISCUSSÃO: INCIDÊNCIA DA TAXA REFERENCIAL COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA E DE JUROS DE MORA AOS DÉBITOS DE FGTS. PRELIMINAR DE CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL: CONHECIMENTO DA PRETENSÃO RECURSAL. DELIMITAÇÃO, DE MODO ESTRITO, DO ESCOPO DA COGNIÇÃO QUANTO À MATÉRIA A SER DEBATIDA E JULGADA NO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PARA FINS DE ESTABILIZAÇÃO DE EXPECTATIVAS NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC.

I - DESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RECURSAL: Trata-se de recurso especial interposto pelas alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal (CF) contra acórdão da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em que a Caixa Econômica Federal (recorrente) sustenta violação aos artigos 13, caput, 22, §§ 1º, 2º, ambos da Lei n. 8.036/90, e artigo 9º, da Lei 8.177/91.

II - PRELIMINAR DE CONHECIMENTO DO RECURSO: Propõe-se o conhecimento da pretensão recursal tanto pela alínea “a”, quanto pela “c”, do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

III - DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA A SER JULGADA NO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO: Considerando a relevância da matéria e a delimitação dos aspectos a serem discutidos no presente recurso especial, mostra-se adequada a submissão do julgamento deste recurso especial ao procedimento instituído pela Lei n. 11.672/2008, que introduziu o incidente de processos repetitivos de que trata o art. 543-C, do CPC.

IV - ANÁLISE DE MÉRITO. PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO RECURSAL DO RECORRENTE: A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de permitir a incidência da TR nos débitos relativos ao não recolhimento das contribuições ao FGTS, bem como à aplicação dos juros de mora, nos termos da Lei n. 8.036/90.

V - CONCLUSÃO DA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: Parecer pelo conhecimento da pretensão recursal e, no mérito, o Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso especial, aplicando ao caso os efeitos do art. 543, "C", § 7º do CPC".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Assiste razão ao recorrente.

Isto porque é cediço no e. STJ que a TR é índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos do FGTS decorrentes dos valores recolhidos pelos fundistas e não-repassados ao Fundo.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes deste Tribunal Superior:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS RELATIVOS AO NÃO-RECOLHIMENTO DE FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. INCIDÊNCIA.

1. *Versam os autos sobre embargos à execução opostos por Algemiro Manique Barreto e Companhia Ltda. em face da execução fiscal promovida pela CEF em razão de não-recolhimento de parcelas do FGTS.*

A sentença de improcedência foi confirmada pelo Tribunal de origem que afirmou que "a legislação de regência (artigos 13 e 22 da Lei n. 8.036/90) dispõe que os saldos em contas vinculadas devem ser corrigidos pelos mesmos índices dos depósitos em poupança, ou seja, TR (Lei n. 8.177/91, artigo 12, I)". Recurso especial que se insurgiu quanto à manutenção da incidência da TR sobre os débitos questionados, alegando-se violação da nova redação dada ao art. 9º da Lei n. 8.177/91, por intermédio da edição da Lei n. 8.218/91.

Pugna-se pelo afastamento da aplicação da TR a título de correção monetária.

2. *O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento firmado nesta Corte, no sentido de que a TR é índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos do FGTS decorrentes dos valores recolhidos pelos fundistas e não-repassados ao Fundo.*

3. *Precedentes: REsp 654.365/SC, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 1º/10/2007; REsp 480.328/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 06/06/2005; REsp 830.495/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 23.11.2006.*

4. *Recurso especial não-provido.*

(REsp 992.415/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 05/03/2008)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITO PARA COM O FGTS. INAPLICABILIDADE DA TAXA SELIC. APLICAÇÃO DO ART. 22 DA LEI 8.036/90.

[...]

5. Esta Turma, ao julgar o REsp 830.495/RS (Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 23.11.2006), enfrentou situação semelhante à dos presentes autos, ocasião em que ementou o seguinte entendimento: "A taxa SELIC não tem aplicação na hipótese, porquanto há previsão legal apenas para que incida sobre tributos federais, consoante o previsto no art. 13, da Lei 9.065/95, não se aplicando às contribuições do FGTS, que conforme assinalado, não têm natureza tributária, merecendo reforma o julgado recorrido neste particular. Os débitos perante o FGTS possuem disciplina própria de atualização monetária e de cobrança de juros moratórios, prevista na Lei 8.036/90, prescrevendo o mencionado diploma legal que sobre tais valores deve incidir a TR e juros de mora à razão de 0,5% ao mês, critérios que se adotam no caso em tela, conforme restou fixado na sentença."

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, também em parte provido, tão-somente para afastar a aplicação da taxa Selic, determinando-se, contudo, que sobre o débito, acrescido da TR, incidam juros moratórios de 0,5% a.m. ou fração, nos termos do art. 22 da Lei 8.036/90. (REsp 654.365/SC, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 1º/10/2007).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO PARA COM O FGTS. LEGITIMIDADE PASSIVA CONCORRENTE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ADMISSIBILIDADE DE SUA INTEGRAÇÃO À LIDE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO PARA DEPÓSITO E DE NÃO-CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMPREITEIRA POR CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELAS SUBEMPREITEIRAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO-CONHECIMENTO (SÚMULA 283/STF). PRETENDIDA INVALIDAÇÃO DO TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA E PARCELAMENTO DO DÉBITO. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE (SÚMULA 7/STJ). LEVANTAMENTO DO DÉBITO POR AFERIÇÃO INDIRETA. CABIMENTO. INCIDÊNCIA DA TR/TRD NO CÁLCULO DE RECOLHIMENTOS MENSAIS AO FGTS EM ATRASO. LEGALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

5. A Taxa Referencial - TR - não foi excluída do ordenamento jurídico como fator de correção monetária (ADIns 493, 768 e 959 - STF). Se os saldos das contas vinculadas ao FGTS são corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos depósitos de poupança (art. 13, caput, da Lei 8.036/90), que, de sua vez, são remunerados pela TR/TRD (art. 12, I, da Lei 8.177/91), os débitos para com o FGTS - decorrentes dos valores recolhidos dos fundistas e não-repassados ao Fundo - igualmente devem ser atualizados pela TR. A não-incidência desse índice e/ou a

utilização de indexador diverso de menor variação, além de premiar o empregador inadimplente, afetaria o equilíbrio da equação financeira. Precedentes do STF e deste STJ.

6. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 480.328/PR, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 06/06/2005).

FGTS. FALTA DE DEPÓSITOS. EMPRESA DEVEDORA. NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES. DIREITO TRABALHISTA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. EXCLUSÃO DE MULTA DE MORA. BENEFÍCIO. CONCESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE. TR E JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA.

[...]

IV - A taxa SELIC não tem aplicação na hipótese, porquanto há previsão legal apenas para que incida sobre tributos federais, consoante o previsto no art. 13, da Lei 9.065/95, não se aplicando às contribuições do FGTS, que conforme assinalado, não têm natureza tributária, merecendo reforma o julgado recorrido neste particular.

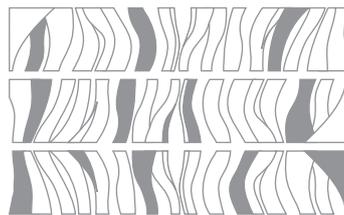
V - Os débitos perante o FGTS possuem disciplina própria de atualização monetária e de cobrança de juros moratórios, prevista na Lei 8.036/90, prescrevendo o mencionado diploma legal que sobre tais valores deve incidir a TR e juros de mora à razão de 0,5% ao mês, critérios que se adotam no caso em tela, conforme restou fixado na sentença.

VI - Recurso especial provido parcialmente. (REsp 830.495/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 23.11.2006).

Ex positis, DOU 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, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, 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 08/2008).

É como voto.



Súmula n. 460

SÚMULA N. 460

É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 12.016/2009, art. 1º.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

(*)REsp	1.124.537-SP	(1ª S, 25.11.2009 – DJe 18.12.2009) – acórdão publicado na íntegra
REsp	881.169-SP	(1ª T, 19.10.2006 – DJ 09.11.2006)
AgRg no REsp	660.803-PE	(2ª T, 13.09.2005 – DJ 20.02.2006)
REsp	900.986-SP	(2ª T, 06.03.2007 – DJ 15.03.2007)
AgRg no REsp	728.686-SP	(2ª T, 28.10.2008 – DJe 25.11.2008)
AgRg no REsp	725.451-SP	(2ª T, 09.12.2008 – DJe 12.02.2009)

(*) Recurso repetitivo.

Primeira Seção, em 25.8.2010

DJe 8.9.2010

RECURSO ESPECIAL N. 1.124.537-SP (2009/0030995-5)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Banco Tricury S/A

Advogado: Marcelo Ribeiro de Almeida e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. FINSOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. CONVALIDAÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS EFETUADA PELO CONTRIBUINTE UNILATERALMENTE. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. O mandado de segurança é instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos, em conformidade com a Súmula 213 do STJ. (Precedentes das Turmas de Direito Público: *AgRg no REsp 1.044.989/RS*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 25/08/2009; *EDcl no REsp 1.027.591/SP*, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 25/06/2009; *RMS 13.933/MT*, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ 31.08.2007; *REsp 579.488/SP*, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 23.05.2007; *AgRg no REsp 903.020/SP*, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 26.04.2007; e *RMS 20.523/RO*, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 08.03.2007).

2. Ao revés, é defeso, ao Judiciário, na via estreita do *mandamus*, a convalidação da compensação tributária realizada por iniciativa exclusiva do contribuinte, porquanto necessária a dilação probatória. (Precedentes: *EDcl nos EDcl no REsp 1.027.591/SP*, Rel. Ministra

ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 21/09/2009; *REsp* 1.040.245/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009; *AgRg no REsp* 725.451/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 12/02/2009; *AgRg no REsp* 728.686/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 25/11/2008; *REsp* 900.986/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJ 15/03/2007; *REsp* 881.169/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 09/11/2006).

3. A intervenção judicial deve ocorrer para determinar os critérios da compensação objetivada, a respeito dos quais existe controvérsia, *v.g.* os tributos e contribuições compensáveis entre si, o prazo prescricional, os critérios e períodos da correção monetária, os juros etc; bem como para impedir que o Fisco exija do contribuinte o pagamento das parcelas dos tributos objeto de compensação ou que venha a autuá-lo em razão da compensação realizada de acordo com os critérios autorizados pela ordem judicial, sendo certo que o provimento da ação não implica reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária, no prazo do art. 150, § 4º do CTN.

4. A Administração Pública tem competência para fiscalizar a existência ou não de créditos a ser compensados, o procedimento e os valores a compensar, e a conformidade do procedimento adotado com os termos da legislação pertinente, sendo inadmissível provimento jurisdicional substitutivo da homologação da autoridade administrativa, que atribua eficácia extintiva, desde logo, à compensação efetuada.

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 desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

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, negar 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 e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 18.12.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por BANCO TRICURY S/A, com fulcro na alínea “a”, do permissivo constitucional, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cuja ementa restou assim vazada:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA POR INICIATIVA DO CONTRIBUINTE. CONVALIDAÇÃO. DESCABIMENTO. CARÊNCIA DE AÇÃO.

1. Não cabe ao Poder Judiciário convalidar a compensação tributária realizada por iniciativa exclusiva do contribuinte. Orientação pacífica desta Sexta Turma desta Corte Regional.

2. Compete à Administração proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, quantum a compensar e conformidade do procedimento adotado com os termos da legislação pertinente.

3. Remessa oficial provida para julgar a impetrante carecedora de ação. Apelação prejudicada.

Noticiam os autos que a ora recorrente impetrou mandado de segurança, objetivando obstar a prática de ato coator consistente na exigência do recolhimento do imposto de renda retido na fonte (IRRF) e do IRPJ, em virtude de compensações de tributos unilateralmente efetuadas (FINSOCIAL). Pleiteou-se, ainda, a convalidação do direito à compensação realizada, na forma do art. 66, da Lei 8.383/91.

Sobreveio sentença de extinção do processo sem resolução do mérito, pela ausência da demonstração dos requisitos de liquidez e certeza na petição inicial.

O TRF deu provimento à apelação, para determinar o retorno dos autos à origem a fim de que fosse examinado o mérito.

A União interpôs recurso especial e extraordinário, os quais não foram conhecidos.

Nova sentença foi exarada, julgando parcialmente procedente o pedido, para determinar a compensação dos valores pagos a maior, conforme guias juntadas aos autos, a título de FINSOCIAL excedente à alíquota de 0,5%, corrigidas pela SELIC e com aplicação dos expurgos, com outros tributos administrados pela SRF.

A União Federal, em sede de apelação, pugnou pela impossibilidade de compensação do FINSOCIAL com outros tributos, insurgindo-se, outrossim, contra os critérios de correção monetária e juros de mora.

A ora recorrente ingressou com petição, requerendo a declaração da decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o débito tributário.

A União Federal, a seu turno, aduziu a impropriedade de se pretender discutir, em ação mandamental, a existência ou não de débitos tributários, matéria a ser dirimida em ação própria.

O TRF da 3ª Região, nos termos da ementa retrotranscrita, deu provimento à remessa oficial e julgou prejudicada a apelação.

Foram opostos embargos de declaração pela ora recorrente, questionando a extinção do processo por carência de ação, sem que sequer fosse considerado o direito à compensação. Os embargos restaram desprovidos, por não vislumbrados os vícios processuais apontados.

Em sede de recurso especial, apontou-se violação dos arts. 535 do CPC; 150, § 4º, 156, II e 170, do CTN; 66 da Lei 8.383/91; 1º da Lei 1.533/51; e 49 da Lei 10.637/02, porquanto sua pretensão não residiria no debate acerca do

quantum debeat, a ser realizado na esfera administrativa, mas de declaração do direito à compensação dos tributos recolhidos com outros vincendos, o que seria viável na via do mandado de segurança.

Foram apresentadas contra-razões ao apelo, que recebeu crivo negativo de admissibilidade na instância de origem.

Parecer do Ministério Público às fls. 643/648, opinando pelo provimento do recurso especial, ao argumento de que a interpretação do STJ acerca da impossibilidade de homologação da compensação realizada pelo contribuinte, na via do mandado de segurança, estaria equivocada, uma vez que a dilação probatória somente seria necessária no caso da pretensão à extinção total ou parcial do crédito tributário, sem que fossem indicados valores definidos, o que não ocorre *in casu*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Prequestionada a matéria federal ventilada, o presente recurso merece conhecimento.

Quanto à alegada violação do art. 535, do CPC, não se vislumbra contradição, omissão ou obscuridade no acórdão recorrido capaz de tornar nula a decisão impugnada pelo especial. Isto porque o tribunal *a quo* apreciou a presente demanda de modo suficiente, conforme se pode extrair do inteiro teor do acórdão prolatado nos presentes autos.

Assim, não merece acolhida a alegação da recorrente de que o acórdão recorrido, a despeito da oposição de embargos, não tenha se pronunciado acerca de todas as questões relevantes da demanda, e que, em consequência, teria violado o art. 535, incisos I e II, do CPC ou teria adotado entendimento divergente ao desta Corte Superior no que atine ao mencionado dispositivo legal. É dizer que quando o Tribunal de origem se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não cabe falar em ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil.

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.

Primacialmente, impende ressaltar algumas circunstâncias fáticas do presente processo.

Consoante relatado, a Corte *a quo* deu provimento à remessa oficial, por entender que não caberia ao Judiciário convalidar a compensação tributária já efetuada por iniciativa exclusiva da contribuinte.

Deveras, impende esclarecer que a contribuinte, na exordial do mandado de segurança preventivo, pretendeu obstar que a autoridade fiscal exigisse o recolhimento de IRRF e IRPJ, cujos créditos já teriam sido objeto de compensação, efetivada unilateralmente pela recorrente, nos termos da Lei 8.383/91, com valores recolhidos a maior a título de FINSOCIAL, em decorrência da declaração de inconstitucionalidade da exação, tendo sido afirmado o preenchimento de todos os requisitos constantes no referido diploma legal.

Transcreve-se o seguinte trecho da exordial, *in verbis*:

“(...) requer a impetrante, respeitosamente, se digne Vossa Excelência conceder-lhe Medida Liminar determinando ao Sr. Delegado da Receita Federal em São Paulo/SP que se abstenha de praticar qualquer ato coator contra a impetrante, no sentido de exigir-lhe o recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF e do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, em virtude da compensação realizada.” (fls. 31).

Com efeito, a questão referente ao cabimento do mandado de segurança para efeitos de declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos está pacificada no âmbito desta Corte Superior, que cristalizou o seu entendimento na Súmula 213 desta Corte ostenta a seguinte redação:

“O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.”

A força da referida Súmula restou assentada por multifários precedentes oriundos das Turmas de Direito Público:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. SÚMULA 213/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. VIABILIDADE. NÃO-DEMONSTRAÇÃO. FIXAÇÃO DO QUANTUM. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. O Mandado de Segurança é o meio adequado para a declaração do direito à compensação tributária, consoante o verbete da Súmula 213 do STJ.

3. *É indispensável que, ao impetrar o writ, a parte junte todos os documentos necessários ao exame da viabilidade da restituição.*

Precedentes do STJ.

4. *Hipótese em que o Tribunal de origem consignou, com base na prova dos autos, o quantum a ser compensado. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.*

5. *Agravo Regimental não provido.*

(AgRg no REsp 1.044.989/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 25/08/2009)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FINSOCIAL E COFINS. COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS. MANDADO DE SEGURANÇA. EQUÍVOCO. PREMISSA FÁTICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. *Há erro material quando o acórdão recorrido se utiliza de premissa fática inexistente nos autos.*

2. *A adequação do mandado de segurança para declaração do direito à compensação tributária é matéria superada na jurisprudência após a edição da Súmula 213 do STJ, entretanto esse reconhecimento não contempla a hipótese de convalidação das compensações de créditos já efetuadas por iniciativa do próprio contribuinte. Precedentes.*

3. *Embargos de declaração acolhidos com efeito modificativo para negar provimento ao recurso especial.*

(EDcl no REsp 1.027.591/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 25/06/2009)

“TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. SÚMULA 213/STJ. VIA ADEQUADA. TEORIA DA CAUSA MADURA. APLICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIO. RECOLHIMENTO A MAIOR. IMPOSSIBILIDADE.

1. *A controvérsia refere-se à possibilidade de utilização de mandado de segurança para efeito de declaração do direito à compensação de créditos de ICMS, no regime de substituição tributária.*

2. *Consoante reiterada jurisprudência, inclusive na forma do enunciado 213 da Súmula do STJ, cabível a utilização do mandado de segurança com meio para se pleitear a compensação de parcelas relativas a indébitos tributários.*

3. *A teoria da causa madura, apesar de prevista em relação ao recurso de apelação, tem sido aplicada no julgamento do recurso ordinário, diante da semelhança da devolutividade destes recursos.*

4. *In casu*, como a matéria discutida, vale dizer, existência ou não do direito à compensação dos créditos de ICMS, advindos do recolhimento a maior no regime de substituição tributária, é exclusivamente de direito, aplica-se, pois, a teoria da causa madura.

5. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, entendeu a Excelsa Corte, à luz do comando do § 7º do artigo 150 da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional n. 03/93, que o contribuinte tem direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária, para frente, apenas quando o fato gerador não se realizar.

Recurso ordinário improvido.” (RMS 13.933/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007 p. 216)

“TRIBUTÁRIO. ICMS. COMPENSAÇÃO MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 213 DO STJ. DECADÊNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO ART. 1º DA LEI N. 1.533/51. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Revela-se improcedente arguição de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem tenha adotado fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, atentando-se aos pontos relevantes e necessários ao deslinde do litígio.

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

3. Mandado de segurança é meio adequado para a declaração do direito do contribuinte à compensação tributária (Súmula n. 213/STJ).

4. Ação mandamental cujo fim é a declaração do direito à compensação de tributos indevidamente recolhidos, por revestir-se de natureza preventiva, não atrai a aplicação da regra do art. 18 da Lei n. 1.533/51, que prevê o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para impetração do writ.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido em parte.” (REsp 579.488/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19.04.2007, DJ 23.05.2007 p. 252)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRÓ-LABORE. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

I - Embora o enunciado sumular n. 213 desta Corte possibilite a declaração do direito à compensação tributária por meio do mandado de segurança, certo é que tal remédio constitucional tem por objetivo o resguardo de direito líquido e certo, o que pressupõe a existência de prova pré-constituída do alegado direito. Diante disso, necessária a juntada de documentos que comprovem o recolhimento do tributo que se pretende compensar. Precedentes: AgRg no REsp n. 650.923/MG, Rel. Min. JOSÉ

DELGADO, Rel. p/ Acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 06/02/2006; REsp n. 572.639/MG, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 05/12/2005; REsp n. 579.805/BA, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 19/09/2005 e REsp n. 644.417/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 1º/02/2005.

II - No caso dos autos, o Tribunal a quo concluiu pela ausência de prova pré-constituída, na medida em que a impetrante deixou de indicar quem são os interessados, os valores que cada contribuinte pretende compensar, além de não juntar nenhuma guia de recolhimento do tributo em questão, razão pela qual afastou a possibilidade de julgamento do writ.

III - Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 903.020/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.03.2007, DJ 26.04.2007 p. 231)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. SÚMULA 213/STJ. DEMONSTRAÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CARÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO. COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS FISCAIS COM PRECATÓRIOS JUDICIAIS CEDIDOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. "O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária", consoante o verbete da Súmula 213 deste STJ.

2. Revela-se inarredável que a parte impetrante providencie, quando da impetração, a juntada dos documentos indispensáveis ao exame da viabilidade da compensação, consoante assente na jurisprudência desta Corte Especial (Precedentes: RMS 20.447-ES, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma. DJ de 31 de agosto de 2006; MS 10.787-DF, Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Primeira Seção, DJ de 27 de março de 2006; AgRg no REsp 653.606-MG, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ de 06 de dezembro de 2004).

3. A ausência de prova pré-constituída impõe a extinção do mandamus, sem julgamento de mérito.

4. Recurso ordinário desprovido." (RMS 20.523/RO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13.02.2007, DJ 08.03.2007 p. 159)

Entrementes, verifica-se dos autos que a compensação já foi efetuada pela contribuinte *sponte propria*, ressoando inconcebível que o Judiciário venha a obstaculizar o Fisco de fiscalizar a existência ou não de créditos a serem compensados, o procedimento e os valores a compensar, e a conformidade do procedimento adotado com os termos da legislação pertinente, sendo inadmissível provimento jurisdicional substitutivo da homologação da autoridade administrativa, que atribua eficácia extintiva, desde logo, à compensação efetuada.

A intervenção judicial deve ocorrer para determinar os critérios da compensação objetivada, a respeito dos quais existe controvérsia, *v.g.* os tributos e contribuições compensáveis entre si, o prazo prescricional, os critérios e períodos da correção monetária, os juros etc; bem como para impedir que o Fisco exija do contribuinte o pagamento das parcelas dos tributos objeto de compensação ou que venha a autuá-lo em razão da compensação realizada de acordo com os critérios autorizados pela ordem judicial, sendo certo que o provimento da ação, não implica em reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária, no prazo do art. 150, § 4º do CTN.

Destarte, verifica-se que a questão controvertida não é exclusivamente de direito, porquanto a contribuinte discute e busca avalizar o procedimento nos termos que entende corretos, o que afasta o requisito do direito líquido e certo protegido pelo mandado de segurança previsto no artigo 1º da Lei n. 1.533/51.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FINSOCIAL E COFINS. COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS. MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE EQUÍVOCO NA PREMISSA FÁTICA DO ACÓRDÃO EMBARGADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Inexistência de erro fático no acórdão embargado, que entendeu pela impossibilidade de convalidação na via judicial das compensações de créditos já efetuadas por iniciativa do próprio contribuinte.

2. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl nos EDcl no REsp 1.027.591/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 21/09/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. FINSOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. CONVALIDAÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS EFETUADA PELO CONTRIBUINTE UNILATERALMENTE. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. O mandado de segurança é instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos, em conformidade com a Súmula 213 do STJ. (Precedentes das Turmas de Direito Público: RMS 13.933/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ 31.08.2007; REsp 579.488/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 23.05.2007; AgRg no REsp 903.020/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 26.04.2007; e RMS 20.523/RO, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 08.03.2007).

2. Ao revés, é defeso, ao Judiciário, na via estreita do mandamus, a convalidação da compensação tributária realizada por iniciativa exclusiva do contribuinte, porquanto necessária a dilação probatória. (Precedentes: AgRg no REsp 728.686/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 25/11/2008; REsp 900.986/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJ 15/03/2007; REsp 881.169/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 09/11/2006; REsp 645.493/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2005, DJ 03/10/2005).

3. A intervenção judicial deve ocorrer para determinar os critérios da compensação objetivada, a respeito dos quais existe controvérsia, v.g. os tributos e contribuições compensáveis entre si, o prazo prescricional, os critérios e períodos da correção monetária, os juros etc; bem como para impedir que o Fisco exija do contribuinte o pagamento das parcelas dos tributos objeto de compensação ou que venha a autuá-lo em razão da compensação realizada de acordo com os critérios autorizados pela ordem judicial, sendo certo que o provimento da ação, não implica em reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária, no prazo do art. 150, § 4º do CTN.

4. A Administração Pública tem competência para fiscalizar a existência ou não de créditos a ser compensados, o procedimento e os valores a compensar, e a conformidade do procedimento adotado com os termos da legislação pertinente, sendo inadmissível provimento jurisdicional substitutivo da homologação da autoridade administrativa, que atribua eficácia extintiva, desde logo, à compensação efetuada.

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 desprovido.

(REsp 1.040.245/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONVALIDAÇÃO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA POR INICIATIVA DO CONTRIBUINTE. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1.O STJ firmou orientação de que é cabível a impetração de Mandado de Segurança com vistas à declaração do direito à compensação tributária, conforme o enunciado da Súmula 213/STJ. Contudo, esse entendimento não contempla o pleito de convalidação da compensação anteriormente efetuada por iniciativa do próprio contribuinte.

2. Efetuada a compensação, inexistente para o contribuinte direito líquido e certo relativamente ao pedido de convalidação do quantum anteriormente compensado, pois o Poder Judiciário não pode imiscuir-se ou limitar o poder da Autoridade Fazendária de fiscalizar a existência de créditos a compensar, assim como examinar o acerto do procedimento adotado nos termos da legislação vigente.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 725.451/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 12/02/2009)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA EFETUADA PELO CONTRIBUINTE. CONVALIDAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCABIMENTO.

1. É cabível a impetração do mandado de segurança visando a declaração ao direito à compensação tributária (Súmula 213/STJ).

Todavia, essa ação não tem o condão de convalidar o procedimento compensatório efetuado pelo contribuinte, tendo em vista a necessidade de dilação probatória e por ser essa tarefa reservada à Autoridade Administrativa competente.

2. Na espécie, há pedido expresso na ação mandamental no sentido de que se reconheça válida a compensação efetuada pela contribuinte, por sua conta e risco, providência que não se coaduna com a via eleita, que não comporta a dilação probatória necessária para o reconhecimento do pleito.

3. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no REsp 728.686/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 25/11/2008)

TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO. INICIATIVA DO CONTRIBUINTE. MANDADO DE SEGURANÇA. CONVALIDAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PEDIDO CONDENATÓRIO.

1. Esta Corte cristalizou o entendimento na Súmula 213 de que é cabível pleitear a compensação de tributos em mandado de segurança, porém não cabe ao Judiciário convalidar, na via estreita do mandamus, a compensação tributária realizada por iniciativa exclusiva do contribuinte, pois demandaria dilação probatória.

2. "O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança" (Súmula 269/STF).

3. Compete à Administração fiscalizar a existência ou não de créditos a ser compensados, a exatidão dos números e documentos, do quantum a compensar e da conformidade do procedimento adotado com os termos da legislação pertinente.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 900.986/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJ 15/03/2007 p. 305)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA. CONVALIDAÇÃO. DESCABIMENTO.

I - A adequação do mandado de segurança para declaração do direito à compensação tributária é matéria superada na jurisprudência após a edição da Súmula 213 do STJ, entretanto esse reconhecimento não contempla a hipótese de convalidação das compensações de créditos já efetuadas por iniciativa do próprio contribuinte. Precedente: AgRg no REsp n. 660.803/PE, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 20/02/06.

II - Recurso especial improvido.

(REsp 881.169/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 09/11/2006 p. 270)

Ex positis, *NEGO 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, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, 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 08/2008).

É o voto.