



---

**Súmula n. 446**



---

**SÚMULA N. 446**

---

Declarado e não pago o débito tributário pelo contribuinte, é legítima a recusa de expedição de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa.

**Referências:**

CTN, arts. 150, 205 e 206.

CPC, art. 543-C.

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

**Precedentes:**

<b>(*)REsp</b>	<b>1.123.557-RS</b>	<b>(1ª S, 25.11.2009 – DJe 18.12.2009)</b> <b>– acórdão publicado na íntegra</b>
REsp	600.769-PR	(1ª T, 14.09.2004 – DJ 27.09.2004)
AgRg no REsp	1.070.969-SP	(1ª T, 12.05.2009 – DJe 25.05.2009)
REsp	507.069-RS	(2ª T, 03.06.2004 – DJ 30.08.2004)
REsp	505.804-RS	(2ª T, 09.08.2005 – DJ 05.09.2005)
REsp	603.448-PE	(2ª T, 07.11.2006 – DJ 04.12.2006)
AgRg no Ag	937.706-MG	(2ª T, 06.03.2008 – DJe 04.03.2009)
REsp	1.050.947-MG	(2ª T, 13.05.2008 – DJe 21.05.2008)

**(\*) Recurso repetitivo.**

Primeira Seção, em 28.4.2010

DJe 13.5.2010



---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.123.557-RS (2009/0027774-0)**

---

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Petroquímica Triunfo S/A

Advogado: Tiaraju Reis de Oliveira

Recorrido: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

---

**EMENTA**

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, DECLARADO E NÃO PAGO PELO CONTRIBUINTE. NASCIMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA DE DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF - constitui o crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência, habilitando-a ajuizar a execução fiscal.

2. Conseqüentemente, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o crédito tributário nasce, por força de lei, com o fato gerador, e sua exigibilidade não se condiciona a ato prévio levado a efeito pela autoridade fazendária, perfazendo-se com a mera declaração efetuada pelo contribuinte, razão pela qual, em caso do não-pagamento do tributo declarado, afigura-se legítima a recusa de expedição da Certidão Negativa ou Positiva com Efeitos de Negativa. (Precedentes: *AgRg no REsp 1.070.969/SP*, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 25/05/2009; *REsp 1.131.051/SP*, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 19/10/2009; *AgRg no Ag 937.706/MG*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2008, DJe 04/03/2009; *REsp 1.050.947/MG*, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA

TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 21/05/2008; *REsp* 603.448/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2006, DJ 04/12/2006; *REsp* 651.985/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 16/05/2005)

3. Ao revés, declarado o débito e efetuado o pagamento, ainda que a menor, não se afigura legítima a recusa de expedição de CND antes da apuração prévia, pela autoridade fazendária, do montante a ser recolhido. Isto porque, conforme dispõe a legislação tributária, o valor remanescente, não declarado nem pago pelo contribuinte, deve ser objeto de lançamento supletivo de ofício.

4. Outrossim, quando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, em razão da pendência de recurso administrativo contestando os débitos lançados, também não resta caracterizada causa impeditiva à emissão da Certidão de Regularidade Fiscal, porquanto somente quando do exaurimento da instância administrativa é que se configura a constituição definitiva do crédito fiscal.

5. In casu, em que apresentada a DCTF ao Fisco, por parte do contribuinte, confessando a existência de débito, e não tendo sido efetuado o correspondente pagamento, interdita-se legitimamente a expedição da Certidão pleiteada. Sob esse enfoque, correto o voto condutor do acórdão recorrido, *in verbis*:

*“No caso dos autos, há referências de que existem créditos tributários impagos a justificar a negativa da Certidão (fls. 329/376). O débito decorreria de diferenças apontadas entre os valores declarados pela impetrante na DCTF e os valores por ela recolhidos, justificando, portanto, a recusa da Fazenda em expedir a CND.”*

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 PETROQUÍMICA TRIUNFO S/A, com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo TRF da 4ª Região, assim ementado:

*TRIBUTÁRIO. DÉBITOS DECLARADOS EM DCTF 'S. EXPEDIÇÃO DE CND.*

*Pacificou-se na jurisprudência a orientação de que o recibo de entrega da Declaração de Contribuições e Tributos Federais - DCTF, subscrito pelo sujeito passivo da obrigação tributária, é representativo do lançamento, e importa notificação para pagamento. Conseqüentemente, ainda que o tributo seja sujeito a regime de lançamento por homologação, se declarado em DCTF e não pago no prazo legal, a sua cobrança decorre do autolancamento, sendo exigível independentemente de notificação prévia ou de instauração de procedimento administrativo.*

*2. Apelação improvida.*

Noticiam os autos que Petroquímica Triunfo S.A. impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Delegado da Receita Federal em Porto Alegre/RS, ao argumento de que lhe foi indeferida ilegalmente emissão de CND, haja vista a ausência de débitos inscritos em dívida ativa.

O pedido de liminar foi deferido. Dessa decisão, a União interpôs agravo de instrumento, ao qual foi negado seguimento, com fulcro no art. 557 do CPC, face à perda de objeto.

A autoridade coatora apresentou informações, alegando existirem créditos constituídos contra a impetrante em montante superior a R\$ 14.224.000,00 (quatorze milhões duzentos e vinte e quatro mil reais), referentes a impostos

e contribuições não recolhidos ou recolhidos parcialmente. Destacou que os débitos foram confessados pela própria impetrante mediante DCTF, razão pela qual a empresa careceria do direito à certidão de regularidade fiscal.

Sobreveio sentença denegando a segurança.

O TRF da 4ª Região negou provimento à apelação, nos termos da ementa retrotranscrita.

Opostos embargos declaratórios, restaram parcialmente acolhidos, apenas para fins de prequestionamento.

Nas razões recursais, alegou-se violação do art. 535 do CPC, bem assim, dissídio jurisprudencial com arestos do STJ, ao argumento de que “...*ainda que declarado em DCTF um valor, se não pago o seu montante, não se pode falar que ocorreu um lançamento por homologação. A exigibilidade, então, do mencionado montante, deve ser composta por ato da autoridade competente, através do lançamento de ofício.*” Por isso que, defendendo a ausência de débitos tributários, requereu a determinação para expedição de certidão positiva com efeitos de negativa.

Foram apresentadas contra-razões ao apelo, que restou admitido pelo Tribunal de origem.

Submetido ao regime previsto no art. 543-C, do CPC, opinou o Ministério Público no sentido do desprovimento do recurso, ao fundamento de que a declaração emitida pelo contribuinte é suficiente para a constituição do crédito tributário, razão pela qual o seu não pagamento impede a emissão da certidão pleiteada.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, considerando-se demonstrado o dissídio jurisprudencial aventado, conhece-se do recurso especial.

Deveras, em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, inexistente o lançamento, não há que se falar em crédito tributário constituído e vencido, o que torna ilegítima a recusa da autoridade coatora em expedir a CND.

Sobreleva notar que os tributos deste jaez constituem a maioria das exações especificadas na legislação brasileira. Sua forma de apuração, em linhas gerais, se

dá a partir da iniciativa do contribuinte que, observando o prazo e forma de recolhimento legalmente previstos, calcula o montante por ele devido e efetua o pagamento, independentemente de ato prévio da autoridade administrativa, a quem a lei outorga o poder-dever de fiscalizar a atuação do sujeito passivo, concedendo-lhe, para tanto, o prazo de cinco anos.

Verificando correto o proceder do contribuinte, o Fisco homologa o lançamento. Havendo disparidade entre o montante recolhido e o devido, a autoridade fazendária procede ao lançamento antecedente à cobrança do remanescente no prazo assinalado pelo Código Tributário Nacional, sob a pena de decair o Fisco do direito de constituir este crédito.

Sob esse ângulo, afigura-se inafastável a conclusão de que nos tributos sujeitos a lançamento por homologação o crédito tributário nasce, por força de lei, com o fato gerador, e sua exigibilidade não se condiciona a ato prévio levado a efeito pela autoridade fazendária, perfazendo-se com a mera declaração efetuada pelo contribuinte, razão pela qual afigura-se legítima a recusa de expedição da Certidão Negativa ou Positiva com Efeitos de Negativa, quando verificado o inadimplemento do tributo declarado.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

*DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITOS DE NEGATIVA. TRIBUTO DECLARADO POR MEIO DE GFIP. DIFERENÇAS ENTRE O VALOR DECLARADO E A QUANTIA PAGA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO DA CERTIDÃO.*

*1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial no qual se alegava violação aos artigos 142, 151, III, e 206 do CTN, ao argumento de que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou, no âmbito da Primeira Seção, entendimento no mesmo sentido do acórdão recorrido.*

*2. Hipótese em que o contribuinte efetuou o pagamento dos tributos em quantia inferior aos valores por ele declarados por meio da GFIP.*

*3. O STJ perfilha a orientação de que a declaração emitida pelo contribuinte na qual informa o tributo devido é suficiente para constituir o crédito tributário, ainda que se trate de tributo sujeito a lançamento por homologação. Destarte, uma vez constituído o crédito tributário e não efetuado seu pagamento, falece ao contribuinte o direito de obter certidão negativa de débito ou certidão positiva com efeitos de negativa, justamente em razão da exigibilidade dos tributos em decorrência da declaração. Precedente: AgRg nos EAg 670.326/PR, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 1/8/2006.*

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.070.969/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 25/05/2009)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. RECURSO ADMINISTRATIVO PENDENTE DE JULGAMENTO. CRÉDITO NÃO CONSTITUÍDO. CORRETA A EMISSÃO DA CND PLEITEADA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. A inscrição em dívida ativa não é requisito para recusa à emissão de certidão negativa de débito, bastando, para tanto, a constituição definitiva do crédito tributário, regra que não se excepciona aos tributos sujeitos ao chamado lançamento por homologação, tal qual se dá na espécie.

2. Estando suspensa a exigibilidade do crédito em razão de recurso administrativo (art. 151, III, do CTN), o contribuinte faz jus à expedição de certidão positiva de débitos, com efeito de negativa, de que trata o art. 206 do CTN, e não a certidão negativa de débito referida no art. 205 do mesmo Código. Precedentes.

3. No caso de que se cuida, não se tem crédito tributário constituído e com a exigibilidade suspensa.

4. A constituição do crédito de tributo sujeito ao regime do autolancamento ou lançamento por homologação se dá com a declaração, ou seja, quando o contribuinte formaliza a obrigação tributária, quantificando-a e informando ao Fisco a ocorrência do fato gerador.

5. Na espécie, não tendo sido declarado o imposto, a administração fazendária instaurou procedimento fiscalizatório que culminou com a lavratura de auto de infração e imposição de multa, exigindo o pagamento de ICMS acrescido de juros e multa, ou seja, realizou o lançamento de ofício, nos termos do art. 149 do CTN.

6. Nesses casos, havendo recurso administrativo contestando os débitos lançados, somente quando exaurida a instância administrativa é que se configura a constituição definitiva do crédito fiscal, sendo correta a ordem de emissão da Certidão Negativa de Débito pleiteada.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1.131.051/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 19/10/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. DIFERENÇA ENTRE AS INFORMAÇÕES PRESTADAS NAS GUIAS DENOMINADAS GFIP E OS VALORES RECOLHIDOS POR MEIO DE GUIA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - GPS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Na hipótese em que o contribuinte declara o débito por meio de Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à

*Previdência Social - GFIP, ou de documento equivalente, e não paga no vencimento, o STJ entende que o crédito tributário foi constituído, sendo, dessa forma, dispensável o lançamento. Precedentes.*

2. *In casu, inviável a concessão de Certidão Negativa de Débito*

3. *Agravo Regimental provido.*

*(AgRg no Ag 937.706/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2008, DJe 04/03/2009)*

*PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITO DECLARADO. DCTF. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS.*

1. *Afasta-se a alegação de contrariedade ao art. 535 do CPC, já que houve o questionamento implícito da tese aduzida no recurso.*

2. *Em se tratando de tributo lançado por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, fica elidida a necessidade da constituição formal do débito pelo Fisco quanto aos valores declarados.*

3. *A declaração do contribuinte "constitui" o crédito tributário relativo ao montante informado e torna dispensável o lançamento.*

4. *Não se admite o fornecimento de certidão negativa de débito quando existir tributo declarado e não pago, independentemente da prática de qualquer ato pelo Fisco, pois a cobrança pode ser realizada apenas com base na declaração do contribuinte.*

5. *Recurso especial provido.*

*(REsp 1.050.947/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 21/05/2008)*

*TRIBUTÁRIO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. LANÇAMENTO PELO FISCO. DESNECESSIDADE. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. LEGALIDADE DA RECUSA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA N. 83/STJ.*

1. *Tratando-se de débito declarado e não-pago (art. 150 do CTN), caso típico de autolancamento, não tem lugar a homologação formal, passando o débito a ser exigível independentemente de prévia notificação ou da instauração de procedimento administrativo fiscal.*

2. *Se constituído o crédito tributário por meio da declaração do contribuinte, sendo dispensável o lançamento, é legítimo o Fisco recusar-se a expedir certidão negativa de débito.*

3. *"Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" - Súmula n. 83 do STJ.*

4. *Recurso especial conhecido pela alínea "a" e improvido.*

(REsp 603.448/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2006, DJ 04/12/2006 p. 281)

TRIBUTÁRIO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, DECLARADOS E NÃO PAGOS PELO CONTRIBUINTE. NASCIMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO.

1. A declaração unilateral do contribuinte sobre ser devedor, constitui de per si o crédito tributário, dispensando todo e qualquer lançamento, impingindo à obrigação declarada exigibilidade imediata.

2. Assentou com acerto o aresto recorrido, no sentido de que “não há há emitir-se CND ou CPD-EN, visto tratar-se a diferença entre o valor declarado e o efetivamente recolhido débito incontroverso”.

3. Declarado o débito e efetivado o pagamento, ainda que a menor, não se afigura legítima a recusa, pela autoridade fazendária, da expedição de CND antes da apuração prévia do montante a ser recolhido. Isto porque, conforme dispõe a legislação tributária, o valor remanescente, não pago pelo contribuinte, pode ser objeto de apuração mediante lançamento.

4. Diversa é a hipótese como a dos autos em que apresentada declaração ao Fisco, por parte do contribuinte, confessando a existência de débito e não efetuado o correspondente pagamento, interdita-se legitimamente a expedição de Certidão Negativa de Débito.

5. Recurso Especial desprovido.

(REsp 651.985/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 16/05/2005 p. 249)

Ao revés, declarado o débito e efetivado o pagamento, ainda que a menor, não se afigura legítima a recusa de expedição de CND antes da apuração prévia, pela autoridade fazendária, do montante a ser recolhido. Isto porque, conforme dispõe a legislação tributária, o valor remanescente, não pago pelo contribuinte, deve ser objeto de lançamento de ofício supletivo.

Outrossim, quando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, em razão da pendência de recurso administrativo contestando os débitos lançados, também não resta caracterizada causa impeditiva à emissão da Certidão de Regularidade Fiscal, porquanto somente quando do exaurimento da instância administrativa é que se configura a constituição definitiva do crédito fiscal.

In casu, verifica-se a entrega da DCTF ao Fisco, por parte do contribuinte, confessando a existência de débito e, não tendo sido efetuado o correspondente pagamento, interdita-se legitimamente a expedição da Certidão pleiteada.

Extrai-se do voto condutor do acórdão recorrido o seguinte trecho, que bem elucida a questão:

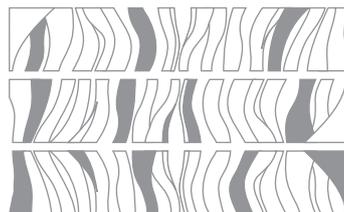
*“No caso dos autos, há referências de que existem créditos tributários impagos a justificar a negativa da Certidão (fls. 329/376). O débito decorreria de diferenças apontadas entre os valores declarados pela impetrante na DCTF e os valores por ela recolhidos, justificando, portanto, a recusa da Fazenda em expedir a CND.”*

*Ex positis*, NEGÓ 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.





---

**Súmula n. 447**



---

**SÚMULA N. 447**

---

Os Estados e o Distrito Federal são partes legítimas na ação de restituição de imposto de renda retido na fonte proposta por seus servidores.

**Referências:**

CF/1988, art. 157, I.

CTN, art. 43.

CPC, art. 543-C.

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

**Precedentes:**

<b>(*)REsp</b>	<b>989.419-RS</b>	<b>(1ª S, 25.11.2009 – DJe 18.12.2009) – acórdão publicado na íntegra</b>
RMS	10.044-RJ	(1ª T, 16.03.2000 – DJ 17.04.2000)
REsp	874.759-SE	(1ª T, 07.11.2006 – DJ 23.11.2006)
REsp	594.689-MG	(2ª T, 02.08.2005 – DJ 05.09.2005)
REsp	694.087-RJ	(2ª T, 07.08.2007 – DJ 21.08.2007)
REsp	884.046-PE	(2ª T, 19.08.2008 – DJe 24.09.2008)
REsp	818.709-RO	(2ª T, 04.09.2008 – DJe 11.03.2009)
AgRg no REsp	1.045.709-RS	(2ª T, 03.09.2009 – DJe 21.09.2009)

**(\*) Recurso repetitivo.**

Primeira Seção, em 28.4.2010

DJe 13.5.2010



---

**RECURSO ESPECIAL N. 989.419-RS (2007/0222590-5)**

---

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Maria Beatriz de Oliveira e outro(s)

Recorrido: Mário César Gasparoni

Advogado: Jorge Nilton Xavier de Souza

Recorrido: Fazenda Nacional

Procuradores: Claudio Xavier Seefelder Filho

Dolizete de Fátima Michelin e outro(s)

---

**EMENTA**

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. RESTITUIÇÃO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DA FEDERAÇÃO. REPARTIÇÃO DA RECEITA TRIBUTÁRIA.

1. Os Estados da Federação são partes legítimas para figurar no pólo passivo das ações propostas por servidores públicos estaduais, que visam o reconhecimento do direito à isenção ou à repetição do indébito relativo ao imposto de renda retido na fonte. Precedentes: AgRg no REsp 1.045.709/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 21/09/2009; REsp 818.709/RO, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 11/03/2009; AgRg no Ag 430.959/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 15/05/2008; REsp 694.087/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 21/08/2007; REsp 874.759/SE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/11/2006, DJ 23/11/2006; REsp 477.520/MG, rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 21.03.2005; REsp n. 594.689/MG, rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005.

2. *“O imposto de renda devido pelos servidores públicos da Administração direta e indireta, bem como de todos os pagamentos feitos*

*pelos Estados e pelo Distrito Federal, retidos na fonte, irão para os cofres da unidade arrecadadora, e não para os cofres da União, já que, por determinação constitucional “pertencem aos Estados e ao Distrito Federal.”* (José Cretella Júnior, *in* Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Forense Universitária, 2ª edição, vol. VII, arts. 145 a 169, p. 3714).

3. 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 pelo Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo TRF da 4ª Região, assim ementado:

*TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE O AUXÍLIO-CONDUÇÃO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO ENTRE A UNIÃO E O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. NÃO-INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE AUXÍLIO-CONDUÇÃO. OFICIAIS DE JUSTIÇA DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. VERBA DE CARÁTER INDENIZATÓRIO.*

1. Qualquer decisão a respeito da exigibilidade ou não do imposto de renda sobre a remuneração de servidor só pode ser tomada pela Justiça Federal, porquanto, ao

*reter na fonte o imposto de renda, o Estado do Rio Grande do Sul desincumbe-se apenas de atribuição conferida por lei - sem qualquer delegação de competência do sujeito ativo da relação jurídico-tributária.*

*2. Faz-se indispensável a presença do Estado do Rio Grande do Sul no processo, pois a relação de direito material versada impõe o comparecimento, aos autos, desse ente, porquanto, em que pese a competência tributária ativa pertencer à União, o Estado exerce, no caso, a função de agente arrecadador do tributo, já que é ele o ente que desconta e retém na fonte o imposto de renda sobre o auxílio-condução de seus servidores, além de ser o destinatário do tributo em comento, devendo, por conseguinte, integrar, como litisconsorte, o pólo passivo da demanda.*

*3. Cuidando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para pleitear a restituição inicia a partir da data em que ocorrer a homologação do lançamento. Diante da homologação tácita, dispõe o contribuinte do prazo de dez anos para postular a restituição, a contar do fato gerador, cinco dos quais relativos à homologação tácita e os outros cinco ao prazo prescricional propriamente dito.*

*4. O benefício denominado "auxílio-condução", o qual se agrega à remuneração dos servidores ocupantes dos cargos de Oficial de Justiça, Oficial de Proteção à Infância e Juventude e Comissários de Vigilância do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul tem nítido caráter indenizatório, não se configurando fato gerador do imposto de renda.*

*5. A habitualidade dos ganhos, bem como o fato de os seus valores serem fixos e recebidos mensalmente, além de calculados sobre o vencimento do servidor (sem importar reembolso por quilometragem, comprovação de despesas e prestação de serviços), não desnaturam a gratificação em comento a ponto de caracterizá-la como verba remuneratória.*

*6. A restituição dos valores indevidamente recolhidos tem assento no art. 165 do CTN, que assegura ao contribuinte o direito à devolução total ou parcial do tributo, seja em decorrência de pagamento indevido ou a maior, devendo efetivar-se na forma do art. 100 da Constituição Federal.*

*7. Na fase de liquidação de sentença, deve ser apresentada nova declaração de ajuste do imposto de renda, a fim de verificar eventual restituição já percebida pelo contribuinte.*

*8. Honorários arbitrados em favor do patrono do autor em 10% do valor da condenação.*

*9. Remessa oficial parcialmente provida para determinar que a restituição do indébito se dê via precatório judicial e apelação do autor provida em parte para reconhecer a legitimidade passiva do Estado do Rio Grande do Sul e para condenar os réus ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono do demandante no importe de 10% do valor da condenação.*

Noticiam os autos que *Mario Cesar Gasparoni*, servidor público estadual ocupante do cargo de oficial de justiça, ajuizou ação ordinária em face da União

e do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando a declaração da não-incidência de imposto de renda sobre as parcelas recebidas a título de auxílio-condução, ao argumento de que, até o mês de agosto de 2004, sujeitara-se ao desconto na fonte da exação, a qual teria a natureza jurídica de verba indenizatória. Mencionou que, quando da apresentação das declarações de ajuste anual, utilizou como base o informe de rendimentos anuais fornecidos pela fonte pagadora, no caso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual, de forma errada, incluiu entre rendimentos tributáveis as parcelas pagas a título de auxílio-condução. Ao tomar conhecimento do erro da fonte pagadora, providenciou a retificação das declarações de ajuste anual relativas aos últimos cinco exercícios, retirando da base de cálculo tributável os valores referentes ao auxílio-condução, ao que verificou que alguns dos créditos apurados nas declarações retificadoras haviam-lhe sido restituídos. Em decorrência da exigência do Fisco, em relação a colegas que efetuaram o mesmo procedimento, de que devolvessem as importâncias restituídas, e com vistas a ver definido na sentença o correto significado e alcance das normas orientadoras do ajuste na declaração anual e/ou restituição por compensação, decidiu propor a presente ação, de conteúdo declaratório, a fim de que lhe seja reconhecida a não-incidência de imposto de renda sobre o *auxílio-condução*, para que não haja revisão na sua restituição administrativa, bem como seja garantida a possibilidade de repetição das parcelas retidas desde os últimos dez exercícios e que ainda não foram devolvidas.

Sobreveio sentença, reconhecendo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva do Estado do Rio Grande do Sul, e, no mérito, julgando parcialmente procedente o pedido, para reconhecer a inexigibilidade do imposto de renda sobre a parcela denominada *auxílio-condução*, devendo a União se abster de promover medidas coercitivas que tenham por objeto a incidência do tributo, bem como declarando o direito de a parte autora apresentar declarações retificadoras referentes ao tributo em comento, devido nos últimos 10 (dez) exercícios fiscais, devendo ser recebidas e processadas, computando-se a correção monetária desde o recolhimento, pela UFIR e, desde janeiro de 1996, pela SELIC. A parte autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios ao Estado do Rio Grande do Sul, no importe de R\$ 500,00, forte no art. 20, §4º, do CPC. Quanto aos honorários atinentes à União e ao autor, restou determinada a sua compensação, ante a sucumbência recíproca, uma vez que o autor decaiu quanto ao pedido de condenação em danos materiais e morais.

Foram opostos embargos declaratórios pelo ora recorrido, que restaram parcialmente acolhidos, apenas para fins de prequestionamento.

Nas razões recursais, alegou-se violação do art. 267, VI, do CPC, porquanto o Estado seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação, uma vez que a pretensão do ora recorrido cingiu-se à obtenção da restituição de valores indevidamente descontados de sua remuneração a título imposto de renda sobre o auxílio-condução, direito este que fora reconhecido pelo órgão de lotação do servidor. Tratando-se de imposto de renda, na dicção dos arts. 157, I e 159, da CF/88, seria manifesta a legitimidade passiva *ad causam* da União Federal, atuando o recorrente como mero substituto tributário, a quem a lei federal impõe o recolhimento do tributo na fonte. O não repasse do produto da arrecadação à União defluiria da repartição das receitas tributárias, o que não teria o condão de afastar a competência constitucional da União de restituir o imposto de renda, nos casos em que tal medida se faz necessária, haja vista sua capacidade tributária ativa.

A União Federal apresentou contra-razões, pugnando pela manutenção do acórdão recorrido.

Parecer do Ministério Público, opinando pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do presente recurso especial, porquanto prequestionada a matéria federal suscitada.

Deveras, a jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que a legitimidade passiva *ad causam* nas demandas propostas por servidores públicos estaduais, com vistas ao reconhecimento do direito à isenção ou à repetição do indébito relativo ao imposto de renda retido na fonte, é dos Estados da Federação, uma vez que, por força do que dispõe o art. 157, I, da Constituição Federal, pertence aos mesmos o produto da arrecadação desse tributo.

Consoante doutrina abalizada, comentando o art. 157, I, da Carta Maior, *in verbis*:

*“Por força da redação dada pela Emenda n. 17/65, o produto do imposto de renda retido na fonte pelos Estados ou pelo Distrito Federal pertence a estes, sempre que incidente sobre os rendimentos enumerados no texto. O direito anterior mandava*

*que a União distribuisse, na forma que a lei estabelecesse, aos Estados e ao Distrito Federal importância equivalente à retida. A diferença, fundamental, está em que, hoje, o produto da retenção é do Estado ou do Distrito Federal, e por inteiro, enquanto, antes, era da União, que devia entregar-lhes, segundo a lei, quantia equivalente.” (in Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ed. Saraiva, 1994, volume 3, arts. 104 a 169, p. 129)*

Perfilhando o mesmo entendimento, José Cretella Júnior assenta que, *litteris*:

*“Na realidade, o art. 157, I, reproduz a regra que se encontra no art. 23, § 1, da EC n. 1, de 1969: o imposto de renda devido pelos servidores públicos da Administração direta e indireta, bem como de todos os pagamentos feitos pelos Estados e pelo Distrito Federal, retidos na fonte, irão para os cofres da unidade arrecadadora, e não para os cofres da União, já que, por determinação constitucional “pertencem aos Estados e ao Distrito Federal” (in Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Forense Universitária, 2ª edição, vol. VII, arts. 145 a 169, p. 3.714).*

Nesse sentido, merecem destaque os seguintes precedentes:

**PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.**

1. A decisão agravada foi baseada na jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido de reconhecer a ilegitimidade passiva da União e, conseqüentemente, a legitimidade do ente federativo, em ação proposta por servidor público estadual visando à restituição de Imposto de Renda retido na fonte, bem como à competência da Justiça Estadual para o julgamento do feito. Precedentes: REsp 818.709/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ. 11.3.2009; REsp 884.046/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ. 24.9.2008; AgRg no Ag 430.959/PE, Rel. Min. Humberto Martins, DJ. 15.5.2008; REsp 874.759/SE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ. 23.11.2006.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.045.709/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 21/09/2009)

**TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LEGITIMIDADE DO ESTADO DE RONDÔNIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. DIFERENÇA SALARIAL DECORRENTE DA CONVERSÃO DA URV (11,98%). INCIDÊNCIA.**

1. É pacífica a jurisprudência do STJ em reconhecer a legitimidade passiva do Ente Federativo em ação proposta por servidor público estadual, visando à restituição de Imposto de Renda retido na fonte, bem como à competência da Justiça Estadual em julgar a demanda.

2. A diferença decorrente da conversão da URV (11,98%) representa parcela do salário que sofreria a incidência do Imposto de Renda, caso tivesse sido paga na época própria. O pagamento a destempo não altera sua natureza salarial, submetendo-se à tributação do IR, nos termos do art. 43 do CTN.

3. Recurso Especial provido.

(REsp 818.709/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 11/03/2009)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RETIDO NA FONTE IMPOSTO DE RENDA DE SERVIDORES ESTADUAIS. DEMANDA QUESTIONANDO ISENÇÃO. UNIÃO. ILEGITIMIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MANTIDA.

Nas demandas movidas por servidores públicos estaduais questionando o imposto de renda que lhes é retido na fonte, a legitimidade é dos Estados da Federação; pois, apesar de instituído pela União, o produto de tal imposto é destinado aos Estados. A União é nessas demandas parte ilegítima. Precedentes: REsp 694.087/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 21.8.2007 e REsp 594.689/MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ 5.9.2005.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 430.959/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 15/05/2008)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. IMPOSTO DE RENDA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. INCIDÊNCIA. FÉRIAS. TERÇO CONSTITUCIONAL. ABONO PECUNIÁRIO. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. O Estado do Espírito Santo é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação proposta por servidores públicos estaduais, visando a restituição de imposto de renda retido na fonte.

2. Os valores recebidos a título de 13º salário, ainda que em virtude de adesão a programa de demissão incentivada, têm natureza remuneratória, enquadrando-se no conceito de "renda" previsto no art. 43 do CTN, pelo que configuram fato gerador de imposto de renda. Precedentes.

3. As verbas recebidas a título de licenças-prêmio e de férias acrescidas do respectivo terço constitucional – simples ou proporcionais – e não gozadas por necessidade de serviço ou mesmo por opção do servidor (abono pecuniário), por possuírem natureza indenizatória, não são passíveis de incidência de imposto de renda.

4. Recurso especial provido parcialmente.

(REsp 694.087/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 21/08/2007 p. 177)

PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. RESTITUIÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. O STJ pacificou o entendimento de que a União não possui legitimidade passiva em demandas promovidas por servidores públicos estaduais com o objetivo de obter isenção ou não incidência de imposto de renda retido na fonte, porquanto, nessas hipóteses, por força do que dispõe o art. 157, I, da Constituição Federal, pertencem aos Estados da Federação o produto da arrecadação desse tributo. Precedentes: RMS n. 10.044/RJ, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 17.04.2000; REsp n. 296.899/MG, 1ª Turma, Min. Garcia Vieira, DJ de 11.06.2001; EDcl no RMS n. 5.779/RJ, 2ª Turma, Min. Laurita Vaz, DJ de 04.11.2002; AgRg no Ag n. 356.587/MG, 2ª Turma, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 30.06.2003; REsp n. 477.520/MG, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 21.03.2005; AgRg no REsp n. 710.439/MG, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 20.02.2006; REsp n. 594.689/MG, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 05.09.2005.

3. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(REsp 874.759/SE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/11/2006, DJ 23/11/2006 p. 235)

“RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. NÃO-INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA NOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE LICENÇA PRÊMIO, FÉRIAS, ABONO-ASSIDUIDADE E ABONO DE FÉRIAS. VERBAS DE NATUREZA INDENIZATÓRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. MAGISTRADOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO-MEMBRO. DEDUÇÃO DA BASE DA CÁLCULO DO IR. FACULDADE DO CONTRIBUINTE.

Os valores recolhidos a título de imposto de renda na fonte, pelos Estados, de seus servidores, são de interesse daqueles, consoante determinam os preceitos constitucionais supraditos, e bem assim porque são os responsáveis pelos descontos e destinatários finais da verba retida; não há falar em interesse da União, porquanto a importância descontada não se destina aos seus cofres, cabendo a ela, tão-somente, instituir o tributo.

Também merece reforma o acórdão a quo no que toca ao deferimento, pela Corte de origem, tão-somente da dedução das quantias retidas indevidamente, sobretudo quando o Relator do voto condutor ressalta que ‘a compensação deferida deverá ser operacionalizada nas declarações de ajuste anual, como já pacificado no âmbito desta egrégia Turma’ (fl. 142).

Uma vez julgada procedente a demanda, e por tratar-se a presente de ‘Ação de Restituição de Indébito’, imperioso que se declare o direito contribuinte à restituição

*das importâncias indevidamente recolhidas, nos termos do pedido, conforme apurado em liquidação de sentença.*

*Recurso especial dos contribuintes provido, para reconhecer a legitimidade passiva do Estado de Minas Gerais e o direito do contribuinte à restituição das importâncias indevidamente recolhidas, nos termos do pedido, conforme apurado em liquidação de sentença.” (REsp n. 477.520/MG, rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 21.03.2005.)*

**“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO-MEMBRO. FÉRIAS NÃO GOZADAS. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO-INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO. JUROS DE MORA. TRÂNSITO EM JULGADO.**

1. *O Estado-Membro é parte legítima para figurar no pólo passivo de demanda ajuizada por servidor estadual, com o fito de obter a restituição de Imposto de Renda retido na fonte.*

2. *Os valores recebidos a título de não gozadas são de caráter indenizatório, não constituindo acréscimo patrimonial a ensejar a incidência do Imposto de Renda.*

3. *‘Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença’ (Súmula n. 188/STJ).*

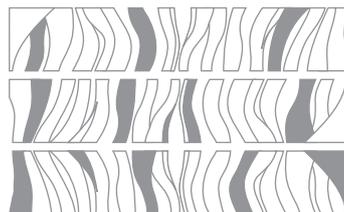
4. *Recurso especial provido em parte.” (REsp n. 594.689/MG, rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005.)*

*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 o voto.





---

**Súmula n. 448**







---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.021.263-SP (2008/0002943-9)**

---

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Claudio Xavier Seefelder Filho

Maria Cecília Leite Moreira e outro(s)

Recorrido: Centro de Criatividade Infantil Sonho Dourado S/S Ltda ME

Advogado: Lucia da Costa Morais Pires Maciel e outro(s)

---

**EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. INSTITUIÇÕES DE ENSINO MÉDIO QUE SE DEDIQUEM EXCLUSIVAMENTE ÀS ATIVIDADES DE CRECHE, PRÉ-ESCOLAS E ENSINO FUNDAMENTAL. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI 9.317/96. ARTIGO 1º, DA LEI 10.034/2000. LEI 10.684/2003.

1. A Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (revogada pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006), dispunha sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

2. O inciso XIII, do artigo 9º, do aludido diploma legal, ostentava o seguinte teor:

*"Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:*

*(...)*

*XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo,*

*professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;*

*(...)”*

3. A constitucionalidade do inciso XIII, do artigo 9º, da Lei 9.317/96, uma vez não vislumbrada ofensa ao princípio da isonomia tributária, restou assentada pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.643-DF, oportunidade em que asseverou:

*“... a lei tributária - esse é o caráter da Lei n. 9.317/96 - pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria.*

*A razoabilidade da Lei n. 9.317/96 consiste em beneficiar as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida por lei, seguramente as de menor capacidade contributiva e sem estrutura bastante para atender a complexidade burocrática comum aos empresários de maior porte e os profissionais liberais.*

*Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no § 1º, do art. 145, da Constituição Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto, é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo.” (ADI-MC 1.643/UF, Rel. Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 30.10.1997, DJ 19.12.1997)*

4. A Lei 10.034, de 24 de outubro de 2000, alterou a norma inserta na Lei 9.317/96, determinando que:

*“Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental.”*

5. A Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, em seu artigo 24, assim dispôs:

*“Art. 24. Os arts. 1º e 2º da Lei n. 10.034, de 24 de outubro de 2000, passam a vigorar com a seguinte redação:*

*Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às seguintes atividades:*

*I – creches e pré-escolas;*

*II – estabelecimentos de ensino fundamental;*

*III – centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga;*

*IV – agências lotéricas;*

*V – agências terceirizadas de correios;*

*VI – (VETADO)*

*VII – (VETADO) (NR)*

*(...)”*

6. A irretroatividade da Lei 10.034/2000, que excluiu as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental das restrições à opção pelo SIMPLES, impostas pelo artigo 9º, da Lei n. 9.317/96, restou sedimentada pelas Turmas de Direito Público desta Corte consolidaram o entendimento da irretroatividade da Lei uma vez inexistente a subsunção a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 106, do CTN, *verbis*:

*“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

*I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;*

*II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:*

*a) quando deixe de defini-lo como infração;*

*b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;*

*c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”*

7. Precedentes das Turmas de Direito Público: *REsp 1.056.956/MG*, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 01/07/2009; *AgRg no REsp 1.043.154/SP*, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/02/2009; *AgRg no REsp 611.294/*

*PB*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 19/12/2008; *REsp* 1.042.793/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22.04.2008, DJe 21.05.2008; *REsp* 829.059/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.12.2007, DJ 07.02.2008; e *REsp* 721.675/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 19.09.2005).

8. *In casu*, à data da impetração do mandado de segurança (07/07/1999), bem assim da prolação da sentença (11/10/1999), não estava em vigor a Lei 10.034/2000, cuja irretroatividade reveste de legalidade o procedimento administrativo que inadmitiu a opção do SIMPLES pela escola recorrida.

9. 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, 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 pela FAZENDA NACIONAL, com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo TRF da 3ª Região, assim ementado:

*TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. SIMPLES. ESTABELECEMENTOS DE ENSINO (CRECHES, PRÉ-ESCOLA E ENSINO FUNDAMENTAL). LEI N. 10.034/2000. APLICABILIDADE. DIREITO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC. ART. 106, II, "c" DO CTN.*

*1. As microempresas e empresas de pequeno porte inseridas nas situações elencadas pelo art. 9º da Lei n. 9.317/96 estão impedidas de optarem pelo sistema tributário simplificado – SIMPLES.*

*2. As pessoas jurídicas que se dedicam às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, ficam excluídas da restrição imposta pelo art. 9º da Lei n. 9.317/96, na precisa dicção do art. 1º da Lei n. 10.034/2000.*

*3. Deverá ser levado em consideração pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, no momento da sentença ou acórdão, qualquer fato superveniente que venha influenciar no direito postulado, desde que a incidência do direito novo não leve a modificação da causa de pedir. Inteligência do art. 462 do CPC.*

*4. O art. 106, II, "c", do CTN prevê a possibilidade da retroação da lei, no que se refere a ato não julgado definitivamente, sempre que a lei nova for mais benéfica ao contribuinte.*

Noticiam os autos que CENTRO DE CRIATIVIDADE INFANTIL URSINHO BRANCO S/C LTDA, em 07/07/1999, impetrou mandado de segurança, objetivando assegurar o seu direito à inscrição no SIMPLES, instituído pela Lei 9.317/96, ao argumento da inconstitucionalidade do art. 9º, da referida lei, na medida em que esta subtrai, do contribuinte, com fundamento único na atividade empresarial que exerce, o critério privilegiado estendido aos demais contribuintes integrantes do mesmo nível econômico definido como fato determinante do privilégio fiscal concedido.

O Juízo singular, em sentença publicada na data de 11/10/1999, julgou o pedido improcedente.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu provimento à apelação, nos termos da ementa supra destacada.

Nas razões do especial, sustenta a recorrente violação dos arts. 106, II, do CTN, porquanto teria o Tribunal aplicado retroativamente a Lei 10.034/00; e 1º e 4º dessa mesma lei, a qual expressamente estipulou o início de vigência para o dia da sua publicação, a partir de quando, portanto, estariam as creches e pré-escolas autorizadas a optar pelo aludido sistema tributário simplificado.

Foram oferecidas contra-razões ao apelo, alegando a ausência de prequestionamento.

O recurso especial recebeu crivo positivo de admissibilidade na instância de origem.

Parecer do Ministério Público às fls. 193/200, opinando pelo não-conhecimento do recurso, ante a ausência de interposição de recurso extraordinário.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do recurso, porquanto devidamente prequestionada a matéria federal suscitada.

Impende salientar que a Súmula 126 do STF não se aplica à presente hipótese, porquanto não vislumbrado, no acórdão recorrido, fundamento constitucional autônomo e suficiente a sustenta-lo. Ao revés, aludiu o Tribunal ao princípio da isonomia apenas no sentido de justificar a constitucionalidade do art. 9º da Lei 9.317/96, o que, nesse particular, corrobora a tese defendida pela recorrente.

Cinge-se a controvérsia posta em definir-se acerca da possibilidade da recorrida, estabelecimento de ensino dedicado à atividade de creche, pré-escola e ensino fundamental, de aderir ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

Noticiam os autos que o INSTITUTO INFANTIL LEIDIAVILA LTDA impetrou mandado de segurança pretendendo obter a declaração de seu direito em optar pelo regime de tributação diferenciada denominado Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

Em sua inicial, postulou o impetrante pela declaração de inconstitucionalidade do art. 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/96, “na medida em que subtrai o contribuinte, com fundamento único na atividade empresarial que exerce (sociedade de profissionais professores), do critério privilegiado estendido aos demais contribuintes integrantes do mesmo nível econômico definido como fato determinante do privilégio fiscal concedido” (fl. 08). Pugnou, assim, pela concessão da ordem para que a autoridade coatora incluísse a impetrante, que se enquadra nas delimitações do artigo 2º, da Lei 9.317/96

(pequena empresa ou empresa de pequeno porte) no SIMPLES, afastando-se, assim, o obstáculo erigido pela errônea interpretação do artigo 9º, inciso XIII, da mencionada lei (que afasta da opção pelo SIMPLES empresas que prestem serviços profissionais de professor).

O Juízo de primeira instância, embora reconhecendo a constitucionalidade do art. 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/96, entendeu que a impetrante não possuía faturamento superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), limite estabelecido pela Lei 9.841/99 para que a empresa possa ser considerada de pequeno porte.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos da ementa supra destacada.

Entendeu o Tribunal a *quo* que o critério para o ingresso ao SIMPLES depende do preenchimento do critério quantitativo e qualitativo. No que pertine ao critério quantitativo, a autora impetrante preenchia os requisitos, posto que não possuía faturamento maior que R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). Quanto ao critério qualitativo, a controvérsia restou pacificada com o advento da Lei 10.034/01 ao dispor que “ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII, do art. 9º, da Lei 9.317, de 05 de dezembro de 2001, as pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escola e estabelecimentos de ensino fundamental.

Deveras, a Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (revogada pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006), dispunha sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

O inciso XIII, do artigo 9º, do aludido diploma legal, ostenta o seguinte teor:

*“Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:*

*(...)*

*XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;*

*(...)”*

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.643-DF, pugnou pela constitucionalidade do inciso XIII, do artigo 9º, da Lei 9.317/96, uma vez não vislumbrada ofensa ao princípio da isonomia tributária. Isto porque:

*“.. a lei tributária - esse é o caráter da Lei n. 9.317/96 - pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria.*

*A razoabilidade da Lei n. 9.317/96 consiste em beneficiar as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida por lei, seguramente as de menor capacidade contributiva e sem estrutura bastante para atender a complexidade burocrática comum aos empresários de maior porte e os profissionais liberais.*

*Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no § 1º, do art. 145, da Constituição Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto, é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo.”*

A ementa do aludido julgado restou assim vazada:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. “SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES”: LEI N. 9.317, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1996. PESSOA JURÍDICA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CUJO EXERCÍCIO DEPENDA DE HABILITAÇÃO PROFISSIONAL LEGALMENTE EXIGIDA: NÃO PODE OPTAR PELO “SISTEMA SIMPLES”.**

**1. Há pertinência temática entre os objetivos estatutários da Confederação Nacional das Profissões Liberais e a lei questionada, que instituiu o “Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES”.**

**2. Ainda que classificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte porque a receita bruta anual não ultrapassa os limites fixados no art. 2º, incisos I e II, da Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, não podem optar pelo “Sistema SIMPLES” as pessoas jurídicas prestadoras de serviços que dependam de habilitação profissional legalmente exigida.**

**3. Medida liminar indeferida.” (ADI-MC 1.643/UF, Rel. Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 30.10.1997, DJ 19.12.1997)**

Nada obstante, a Lei 10.034, de 24 de outubro de 2000, alterou a norma inserta na Lei 9.317/96, determinando que:

*“Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental.”*

Em 30 de maio de 2003, sobreveio a Lei 10.684, que, em seu artigo 24, assim dispôs:

*“Art. 24. Os arts. 1º e 2º da Lei n. 10.034, de 24 de outubro de 2000, passam a vigorar com a seguinte redação:*

*‘Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às seguintes atividades:*

*I – creches e pré-escolas;*

*II – estabelecimentos de ensino fundamental;*

*III – centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga;*

*IV – agências lotéricas;*

*V – agências terceirizadas de correios;*

*VI – (VETADO)*

*VII – (VETADO)’ (NR)*

*‘Art. 2º Ficam acrescidos de cinquenta por cento os percentuais referidos no art. 5º da Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, alterado pela Lei n. 9.732, de 11 de dezembro de 1998, em relação às atividades relacionadas nos incisos II a V do art. 1º desta Lei e às pessoas jurídicas que auferam receita bruta decorrente da prestação de serviços em montante igual ou superior a trinta por cento da receita bruta total.’ (NR)”*

No presente caso, o Tribunal de origem assinalou que:

*“... Ultrapassada a questão sob o enfoque da constitucionalidade, passo ao exame da controvérsia relativa ao enquadramento da impetrante no regime do SIMPLES, levando em consideração o teor do art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96.*

*Nesse contexto, cinge-se a questão posta em debate nos presentes autos à possibilidade de se enquadrar a impetrante, estabelecimento de ensino para a infância em geral, jardim de infância, pré-escola e correlatos (fl. 22), no SIMPLES.*

*No que se refere ao critério quantitativo, o art. 2º, II, da Lei 9.841/99, dispõe ser empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que, não enquadrada como microempresa, tiver receita bruta anual superior a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais) e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).*

*Não merece reparos a posição adotada na sentença recorrida, no sentido de que conforme documento de fls. 29, o impetrante obteve, no ano de 1999, faturamento total de R\$ 864.034,50 (oitocentos e sessenta e quatro mil, trinta e quatro reais e cinquenta centavos) e não possuiu, em nenhum exercício anterior, faturamento superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), limite estabelecido pela Lei 9.841/99 para que a empresa possa ser considerada de pequeno porte.*

*Relativamente ao critério qualitativo, por sua vez, entendo que a Lei 10.034/2000, em seu art. 1º, pôs fim a controvérsia ao dispor que ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII, do art. 9º da Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: I - creches, pré-escola; II - estabelecimentos de ensino fundamental.*

*Correto, ainda, o entendimento sufragado pelo MM. Magistrado sentenciante, ao assentar que não há como negar que a atividade desenvolvida por uma escola não se exaure na estreita expressão 'atividade de professor'. Conforme perfil constitucional delineado no art. 205, as instituições de ensino viabilizam o direito fundamental à educação, sendo um dos pilares da formação do ser humano e da sociedade, tornando-se instrumentos facilitadores para a realização dos objetivos básicos da própria Educação: isto é, o pleno desenvolvimento da pessoa humana, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.*

*Tendo em vista a previsão contida no art. 1º, I e II, da Lei 10.034/00, publicada no DJ de 24/10/2000, a impetrante passou a ter o direito de optar pelo SIMPLES, diante da compatibilidade de seu objeto social com o preceito citado.*

*Merece guarida, portanto, a pretensão da impetrante, pois, na dicção do art. 106, II, "b", do Código Tributário Nacional – A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: II – tratando-se de ato não definitivamente julgado: b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo" (fls. 155/156).*

Ocorre que as Turmas de Direito Público desta Corte consolidaram o entendimento da irretroatividade da Lei 10.034/2000 (que excluiu as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental das restrições à opção pelo SIMPLES, impostas pelo artigo 9º, da Lei n. 9.317/96), uma vez inexistente a subsunção a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 106, do CTN, *verbis*:

*“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

*I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;*

*II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:*

*a) quando deixe de defini-lo como infração;*

*b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;*

*c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”*

À guisa de exemplo, confirmam-se as ementas dos seguintes julgados desta Corte:

*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. INSTITUIÇÕES DE ENSINO MÉDIO QUE SE DEDIQUEM EXCLUSIVAMENTE ÀS ATIVIDADES DE CRECHE, PRÉ-ESCOLAS E ENSINO FUNDAMENTAL. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI 9.317/96. ARTIGO 1º, DA LEI 10.034/2000. LEI 10.684/2003. PRECEDENTE EDCL no REsp n. 882.553/RS, julgado em 23.04.2009*

*1. A Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (revogada pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006), dispunha sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.*

*2. O inciso XIII, do artigo 9º, do aludido diploma legal, ostentava o seguinte teor: “Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica: (...) XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;(...)”*

*3. O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.643-DF, pugnou pela constitucionalidade do inciso XIII, do artigo 9º, da Lei 9.317/96, uma vez não vislumbrada ofensa ao princípio da isonomia tributária. Isto porque: “... a lei tributária - esse é o caráter da Lei n. 9.317/96 - pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria. A razoabilidade da Lei n. 9.317/96 consiste em beneficiar*

as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida por lei, seguramente as de menor capacidade contributiva e sem estrutura bastante para atender a complexidade burocrática comum aos empresários de maior porte e os profissionais liberais. Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no § 1º, do art. 145, da Constituição Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto, é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo.” (ADI-MC 1.643/UF, Rel. Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 30.10.1997, DJ 19.12.1997)

4. Nada obstante, a Lei 10.034, de 24 de outubro de 2000, alterou a norma inserta na Lei 9.317/96, determinando que: “Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental.”

5. Em 30 de maio de 2003, sobreveio a Lei 10.684, que, em seu artigo 24, assim dispôs: “Art. 24. Os arts. 1º e 2º da Lei n. 10.034, de 24 de outubro de 2000, passam a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às seguintes atividades: I – creches e pré-escolas;

II – estabelecimentos de ensino fundamental;

III – centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga;

IV – agências lotéricas;

V – agências terceirizadas de correios;

VI – (VETADO) VII – (VETADO)’ (NR) (...)”

6. As Turmas de Direito Público desta Corte consolidaram o entendimento da irretroatividade da Lei 10.034/2000 (que excluiu as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental das restrições à opção pelo SIMPLES, impostas pelo artigo 9º, da Lei n. 9.317/96), uma vez inexistente a subsunção a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 106, do CTN, verbis:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

7. *Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1.042.793/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22.04.2008, DJe 21.05.2008; REsp 829.059/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.12.2007, DJ 07.02.2008; e REsp 721.675/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 19.09.2005).*

8. *Conseqüentemente, ante a irretroatividade do benefício fiscal instituído pela Lei 10.034/2000, reveste-se de legalidade o procedimento administrativo que inadmitiu a opção do SIMPLES pela escola recorrida, no período anterior a 25.10.2000.*

9. *Recurso especial provido.*

*(REsp 1.056.956/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 01/07/2009)*

*TRIBUTÁRIO. SIMPLES. CRECHE E ESCOLA MATERNAL. ENQUADRAMENTO. ART. 1º DA LEI N. 10.034/2000. LEI N. 10.684/2003. SUPERVENIÊNCIA. IRRETROATIVIDADE. PRECEDENTES.*

1. *O artigo 1º da Lei n. 10.034/2000 excluiu da restrição imposta ao benefício fiscal de opção pelo SIMPLES os estabelecimentos de ensino que se dediquem exclusivamente às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental. Posteriormente, a Lei n. 10.684/2003 retirou da exclusão as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, possibilitando sua adesão ao regime de tributação.*

2. *A jurisprudência dominante nas Turmas que compõem a Seção de Direito Público deste Tribunal firmou-se no sentido de que o direito à opção pelo SIMPLES, com fundamento na legislação superveniente, somente pode ser exercido a partir da vigência de tal legislação.*

3. *O art. 106 do Código Tributário Nacional confirma este entendimento pois, se ele veda a retroatividade do gênero lei tributária, da qual a lei isentiva é espécie, para afastar o pagamento de tributo, conseqüentemente, impede também sua retroação para a não-realização do fato jurídico tributário, que antecedente lógico daquele.*

*Agravo regimental improvido.*

*(AgRg no REsp 1.043.154/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/02/2009)*

*TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. OPÇÃO PELO "SIMPLES". ART. 9º, XIII, DA LEI 9.317/1996. AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.*

1. *O art. 9º, XIII, da Lei 9.317/1996, veda aos estabelecimentos de ensino a opção pelo SIMPLES. A Lei 10.034/2000 afastou a restrição em relação às pessoas jurídicas que explorem exclusivamente a atividade de creche, pré-escola ou de ensino fundamental.*

2. *É vedada a inovação na lide por meio de Agravo Regimental.*

3. *Agravo Regimental não provido.*

(AgRg no REsp 611.294/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 19/12/2008)

*“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SIMPLES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. POSSIBILIDADE DE OPÇÃO SOMENTE COM A VIGÊNCIA DA LEI N. 10.034/2000. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO.*

1. *Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional contra acórdão que autorizou a empresa autora a optar pelo SIMPLES. Sustenta a Fazenda Nacional que a Lei n. 9.317/96 não autorizou as empresas que exploram atividade de ensino optarem pelo SIMPLES, ademais não há que se falar em aplicação retroativa da Lei n. 10.034/2000.*

2. *Entendimento deste Tribunal de que somente com a vigência da Lei n. 10.034/2000 é que foi admitida a opção pelo SIMPLES dos estabelecimentos que se dediquem exclusivamente às atividades de creches, pré-escolas e ensino fundamental.*

3. *Nesse sentido, registro a linha de pensar de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção deste STJ:*

*- O art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, não permite que os estabelecimentos de ensino optem pelo SIMPLES, porquanto prestam serviços profissionais de professor. Com o advento da Lei 10.034/2000, afastou-se a restrição em relação às pessoas jurídicas que explorem exclusivamente a atividade de creche, pré-escola ou de ensino fundamental.*

*- Contudo, a orientação prevalente nas Turmas de Direito Público deste Tribunal firmou-se no sentido de que o direito à opção pelo SIMPLES, com fundamento na legislação superveniente, somente pode ser exercido a partir da vigência de tal legislação. (REsp 829.059/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 07.02.2008).*

*- A pessoa jurídica que se dedica à pré-escola e ao ensino fundamental somente tem direito a optar pelo SIMPLES a partir da vigência da Lei n. 10.034/00 que não pode ter aplicação retroativa. (REsp 722.307/SC, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.5.2005)*

4. *Recurso especial provido.” (REsp 1.042.793/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22.04.2008, DJe 21.05.2008)*

*“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. RESTRIÇÃO. EXCEÇÃO PROMOVIDA PELA LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. RETROATIVIDADE INVIÁVEL. PRECEDENTES.*

1. *O art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, não permite que os estabelecimentos de ensino optem pelo SIMPLES, porquanto prestam serviços profissionais de professor. Com o advento da Lei 10.034/2000, afastou-se a restrição em relação às pessoas jurídicas que explorem exclusivamente a atividade de creche, pré-escola ou de ensino fundamental.*

2. Contudo, a orientação prevalente nas Turmas de Direito Público deste Tribunal firmou-se no sentido de que o direito à opção pelo SIMPLES, com fundamento na legislação superveniente, somente pode ser exercido a partir da vigência de tal legislação.

3. Recurso especial provido." (REsp 829.059/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.12.2007, DJ 07.02.2008)

"TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. OPÇÃO. ART. 9º, INCISO XIII, DA LEI N. 9.317/96. RESTRIÇÃO. ART. 1º DA LEI N. 10.034/00. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Com o advento da Lei n. 10.034/2000, as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental foram excluídas das restrições impostas pelo art. 9º da Lei n. 9.317/96, permitindo-se-lhes a opção pelo SIMPLES.

2. O art. 106 do CTN, em seus incisos, estabelece quando a lei tributária será aplicada a atos ou fatos pretéritos. O caso dos autos não se enquadra nas hipóteses, de modo que descabido cogitar de retroação da Lei n. 10.034/00.

3. A pessoa jurídica que se dedica à creche, pré-escola e ao ensino fundamental somente tem direito a optar pelo SIMPLES a partir da vigência da Lei n. 10.034/00, que não pode ter aplicação retroativa.

4. Recursos especiais providos." (REsp 721.675/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 19.09.2005)

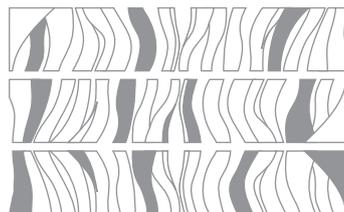
*In casu*, à data da impetração do mandado de segurança (07/07/1999), bem assim da prolatação da sentença (11/10/1999), não estava em vigor a Lei 10.034/2000, cuja irretroatividade reveste de legalidade o procedimento administrativo que inadmitiu a opção do SIMPLES pela escola recorrida.

*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 das 1ª, 2ª e 3ª Seções, 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. 449**



---

**SÚMULA N. 449**

---

A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora.

**Referências:**

Lei n. 4.591/1964, art. 2º.

Lei n. 8.009/1990, art. 1º.

**Precedentes:**

<b>EREsp</b>	<b>595.099-RS</b>	<b>(CE, 02.08.2006 – DJ 25.09.2006) – acórdão publicado na íntegra</b>
REsp	23.420-RS	(1ª T, 31.08.1994 – DJ 26.09.1994)
REsp	869.497-RS	(1ª T, 18.09.2007 – DJ 18.10.2007)
REsp	32.284-RS	(2ª T, 23.05.1996 – DJ 17.06.1996)
REsp	977.004-RS	(2ª T, 02.09.2008 – DJe 02.10.2008)
REsp	1.057.511-SC	(2ª T, 23.06.2009 – DJe 04.08.2009)
AgRg no Ag	377.010-SP	(3ª T, 06.09.2001 – DJ 08.10.2001)
AgRg no Ag	453.085-SP	(3ª T, 08.11.2002 – DJ 16.12.2002)
REsp	182.451-SP	(4ª T, 03.11.1998 – DJ 14.12.1998)
REsp	541.696-SP	(4ª T, 09.09.2003 – DJ 28.10.2003)
REsp	582.044-RS	(4ª T, 02.03.2004 – DJ 29.03.2004)
REsp	876.011-SP	(4ª T, 02.08.2007 – DJ 03.09.2007)
AgRg no Ag	1.058.070-RS	(4ª T, 16.12.2008 – DJe 02.02.2009)
REsp	205.898-SP	(5ª T, 18.05.1999 – DJ 1º.07.1999)

Corte Especial, em 2.6.2010

DJe 21.6.2010



---

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 595.099-  
RS (2004/0133272-0)**

---

Relator: Ministro Felix Fischer  
Embargante: Estado do Rio Grande do Sul  
Procurador: Paulo César Klein e outros  
Embargado: Miranda e Quadros Ltda  
Advogado: Ivogacy Nascimento da Silveira

---

**EMENTA**

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO.  
PENHORA. BOXE DE ESTACIONAMENTO.  
PENHORABILIDADE.

O boxe de estacionamento, identificado como unidade autônoma em relação à residência do devedor, tendo, inclusive, matrícula própria no registro de imóveis, não se enquadra na hipótese prevista no art. 1º da Lei n. 8.009/90, sendo, portanto, penhorável.

Embargos de divergência acolhidos.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Eliana Calmon e os votos dos Srs. Ministros Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Luiz Fux, Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves e Carlos Alberto Menezes Direito, por unanimidade, preliminarmente, conhecer dos embargos de divergência e, no mérito, por maioria, acolher, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido, em parte, o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Luiz Fux, Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Ari Pargendler, José Delgado e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Aldir Passarinho

Junior, Jorge Scartezzini, Francisco Falcão, João Otávio de Noronha e Teori Albino Zavascki.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

---

DJe 25.9.2006

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL interpôs embargos de divergência contra v. acórdão prolatado pela 2ª Turma, cuja ementa restou assim definida:

*“EXECUÇÃO FISCAL. VAGA DE GARAGEM DE APARTAMENTO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. PRETENDIDA REFORMA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.*

*- É comezinho que o Superior Tribunal de Justiça, guardião do direito federal, ao examinar a correta aplicação de uma legislação, não deve fazê-lo de modo a desprezar as demais normas que regem a matéria. Assim, é de rigor cotejar o disposto na Lei n. 8.009/90 com os ditames que regulam o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias (Lei n. 4.591, de 16/12/64). Esse mandamento legal, com a redação dada pela Lei n. 4.864, de 29/11/65, prevê que o direito de guarda de veículos nas vagas de garagem “poderá ser transferido a outro condômino, independentemente da alienação da unidade a que corresponder, vedada sua transferência a pessoas estranhas ao condomínio” (§ 2º).*

*- A exigência, inserida na Lei de Condomínio, veio a lume para conter abusos por parte de alguns incorporadores que alienavam unidade residencial com direito à garagem e depois esta não era encontrada no solo. A matrícula imobiliária das vagas, distinta do apartamento, tutela com mais eficácia o interesse dos condôminos. Mas, porém, na prática, a autonomia conferida pela norma legal não corresponde à autonomia orgânica.*

*- A respeito do tema em comento, já se posicionou o douto Ministro Carlos Alberto Menezes Direito no sentido de que “há um elemento indispensável para manter a garagem, no caso, sob o regime tutelar do bem de família que é a impossibilidade de negócio em separado”. Em outro passo, adverte o ilustre Magistrado que, “em muitos condomínios é vedada a utilização da garagem por quem não é condômino, com o que sequer é possível o aluguel da mesma para pessoa estranha ao condomínio.*

*Sem dúvida, em se tratando de imóvel residencial, a garagem adere ao principal, não sendo, a meu sentir, possível apartá-la para efeito da incidência da Lei n. 8.009/90” (cf. REsp 222.012-SP, DJ de 24/4/2000).*

*- Não custa lembrar que os titulares de bem de família, na propriedade horizontal, acabariam por ter tratamento diferenciado para pior em relação aos de imóveis não-condominiais.*

*- Recurso especial conhecido, mas improvido.” (fls. 89/90).*

O embargante aponta divergência jurisprudencial com v. acórdão prolatado pela 3ª Turma, qual seja, REsp 311.408/SC, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 01/10/2001, que, em situação similar a do v. acórdão embargado, teria divergido deste. Sustenta, em suma, ser possível a penhora de vaga de garagem em condomínio residencial, por não estar amparada pela Lei n. 8.009/90.

Admitidos os embargos (fl. 113), não foi apresentada impugnação (fl. 118).  
É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A *quaestio* trazida à baila nos presentes embargos de divergência diz respeito à possibilidade de penhora de boxe de estacionamento em condomínio residencial.

Sobre a impenhorabilidade do bem de família e o seu alcance, assim dispôs o parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 8.009/90:

*“A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.”*

*In casu*, o boxe de garagem é identificado como unidade autônoma em relação à residência do devedor, tendo, inclusive, matrícula própria no registro de imóveis (fl. 16). Não há, portanto, como enquadrar o referido bem nas hipóteses previstas no dispositivo legal transcrito.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

*“CIVIL E PROCESSUAL. EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. VAGA DE GARAGEM EM CONDOMÍNIO VERTICAL, COM MATRÍCULA PRÓPRIA. IMPENHORABILIDADE AFASTADA. LEI N. 8.009/90, ART. 1º. EXEGESE.*

*I. O entendimento pacificado na 2ª Seção do STJ é no sentido de que pode ser objeto de penhora a vaga de garagem que possua inscrição própria no Registro de*

*Imóveis, portanto diversa do apartamento onde residem os executados, apenas este considerado como bem de família e protegido pela Lei n. 8.009/90.*

*II. Recurso especial não conhecido.”*

(REsp 582.044/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 29.03.2004)

*“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. EXECUÇÃO. GARAGEM. MATRÍCULA PRÓPRIA. PENHORA. POSSIBILIDADE.*

*1 - Não decidida pelo Tribunal de origem matéria suscitada no especial, ressente-se o recurso do necessário prequestionamento.*

*2 - Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte, a garagem que tem matrícula e registro próprios pode ser objeto de constrição, não se lhe aplicando a impenhorabilidade da Lei n. 8.009/90, tampouco afigurando-se como empecilho eventual convenção de condomínio, assegurando exclusividade de uso aos condôminos. Inteligência do art. 2º, §§ 1º e 2º da Lei n. 4.591/64.*

*3 - Recursos especiais não conhecidos.”*

(REsp 316.686/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 29.03.2004)

*“EXECUÇÃO. PENHORA DE VAGA DE GARAGEM. ADMISSIBILIDADE.*

*Tendo em vista a natureza autônoma da vaga de garagem com registro e matrícula própria, é possível sua penhora. Precedentes.*

*Recurso parcialmente conhecido, mas improvido.”*

(REsp 541.696/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 28.10.2003)

*“CIVIL. GARAGEM. Se a garagem tem matrícula própria no Registro de Imóveis, não está alcançada pelo artigo 1º da Lei n. 8.009, de 1990. Jurisprudência pacificada no âmbito da 2ª Seção. Agravo regimental não provido.”*

(AgRg no Ag 453.085/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 16.12.2002)

*“Execução. Penhora. Vaga de garagem.*

*I – As vagas de garagem de apartamento residencial, individualizadas como unidades autônomas, com registros individuais e matrículas próprias, podem ser penhoradas, não se enquadrando na hipótese prevista no art. 1º da Lei n. 8.009/90.*

*II – Recurso especial conhecido, mas desprovido.”*

(REsp 311.408/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 1º.10.2001)

*“EXECUÇÃO. PENHORA. BOXE DE ESTACIONAMENTO. PENHORABILIDADE.*

*- O boxe de estacionamento, identificado como unidade autônoma em relação à residência do devedor, tendo, inclusive, matrícula própria no registro de imóveis, não se enquadra na hipótese prevista no art. 1º da Lei n. 8.009/90, sendo, portanto, penhorável.*

*- Recurso desprovido.”*

(REsp 205.898/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJU de 1º.07.1999)

*“EXECUÇÃO. IMPENHORABILIDADE. LEI N. 8.009, DE 23.03.90. VAGA DE GARAGEM.*

*O boxe de estacionamento, quando individualizado como unidade autônoma no Registro de Imóveis (art. 2º, §§ 1º 2º, da Lei n. 4.591, de 16.12.64), é suscetível de penhora sem as restrições apropriadas ao imóvel de moradia familiar. Precedentes.*

*Recurso especial conhecido e provido.”*

(REsp 182.451/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 14.12.1998)

Pelo exposto, acolho os embargos de divergência.

É o voto.

## **VOTO-VISTA**

A Sra. Ministra Eliana Calmon: O presente recurso tem como relator o Ministro Felix Fischer que em judicioso voto conheceu dos embargos de divergência e lhes deu provimento.

O tema central da controvérsia desenvolveu-se em torno de duas teses jurídicas antagônicas: a constante do acórdão impugnado, oriundo da 2ª Turma relatado pelo Ministro Franciulli Netto, proclamando a impenhorabilidade do bem objeto da constrição, por tratar-se de bem de família, consubstanciado em uma garagem com matrícula independente e registro próprio, dissociado da unidade residencial pertencente a seu proprietário; a retratada no acórdão paradigma, oriundo da 3ª Turma, relatado pelo Ministro Pádua Ribeiro, considerando que o box garagem quando independente da unidade residencial e com matrícula própria é penhorável e não integra a unidade residencial que se tornou impenhorável por ser bem de família.

Como o relator, concluí que deve ser o recurso conhecido, porque configurado está o confronto. Aliás há no âmbito desta Corte divergência de entendimento sobre o tema.

Entendem ser a garagem indissociável da unidade residencial, para efeito de penhora, posição que acompanha o entendimento do acórdão impugnado alguns poucos julgados relatados pelos Ministros Franciulli Netto - REsp 595.099 e Carlos Alberto Menezes Direito - REsp 222.012, o qual mantém posição bem definida e extremada, para não aceitar a penhora de garagem, independentemente da unidade residencial, mesmo quando é lea independente e com matrícula própria. Disse Sua Excelência no precedente aqui referido: “*A garagem de apartamento residencial, embora com matrícula própria, não pode ser penhorada, estando sob a proteção da Lei n. 8.009/90*”.

A grande maioria dos julgados, diferentemente, aceitam a penhora autônoma das garagens, quando a mesma tem matrícula independente. Neste sentido são os Recursos Especiais n. 316.686, relator Min. Fernando Gonçalves, 541.696, relator Min. Cesar Asfor Rocha, 311.408, relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 205.898, relator Min. Felix Fischer, 32.284, relator Min. Ari Pargendler, 23.420, relator Min. Milton Luiz Pereira, 182.451, rel. Min. Barros Monteiro e 582.044, relator Min. Aldir Passarinho.

Na espécie em julgamento o bem penhorado é um box garagem com matrícula independente e autônoma da unidade residencial.

Diante da posição jurisprudencial da Corte, acompanho o relator, conhecendo, e provendo o recurso.

É o voto.

#### VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator porque a regra é sempre no sentido de que a impenhorabilidade é a exceção.

No caso, tratamos de lei que regula o bem de família, cuja razão de ser é a proteção da habitação familiar, no sentido de que a vaga de garagem não é servil a esse desígnio legal.

Conheço dos embargos de divergência e os acolho.



Presidente o Sr. Ministro Barros Monteiro

Relator o Sr. Ministro Felix Fischer

Sessão da Corte Especial: 02/08/2006

Nota Taquigráfica

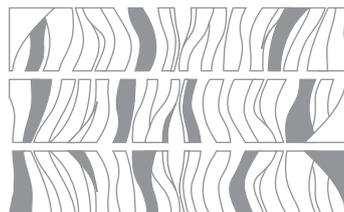
### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Senhor Presidente, peço vênua para ficar vencido. Acompanho o voto proferido pelo Senhor Ministro *Franciulli Netto*. Já tenho o meu entendimento. Mesmo no caso do paradigma que foi apresentado, fiquei vencido no âmbito da Turma no sentido de que, no caso, não haveria como desvincular a vaga do bem de família, porque, em muitos condomínios, e acontece freqüentemente, a vaga está umbilicalmente ligada à unidade, não podendo sequer ser comercializada. Por essa razão, ao meu sentir, não caberia essa dissociação.

Peço vênua ao Senhor Ministro Relator para permanecer com a minha posição originária. Fico vencido.

Conheço dos embargos de divergência, mas lhes nego provimento.





---

**Súmula n. 450**



---

**SÚMULA N. 450**

---

Nos contratos vinculados ao SFH, a atualização do saldo devedor antecede sua amortização pelo pagamento da prestação.

**Referência:**

Lei n. 4.380/1964, art. 6º, c.

**Precedentes:**

AgRg no

AgRg no REsp 825.954-PR (1ª T, 04.12.2008 – DJe 15.12.2008)

AgRg no REsp 933.393-PR (1ª T, 10.02.2009 – DJe 23.03.2009)

REsp 990.331-RS (2ª T, 26.08.2008 – DJe 02.10.2008)

REsp 976.272-SP (2ª T, 05.05.2009 – DJe 21.05.2009)

**REsp 1.064.558-MS (3ª T, 19.08.2008 – DJe 03.12.2008) –  
acórdão publicado na íntegra**

AgRg no Ag 923.936-SP (3ª T, 02.09.2008 – DJe 18.11.2008)

AgRg no REsp 1.036.303-RS (3ª T, 02.12.2008 – DJe 03.02.2009)

AgRg no REsp 1.097.229-RS (3ª T, 16.04.2009 – DJe 05.05.2009)

AgRg no Ag 875.531-DF (4ª T, 24.06.2008 – DJe 08.09.2008)

EDcl no REsp 873.279-DF (4ª T, 17.03.2009 – DJe 06.04.2009)

AgRg no REsp 933.337-RS (4ª T, 23.06.2009 – DJe 04.08.2009)

AgRg no Ag 696.606-DF (4ª T, 08.09.2009 – DJe 21.09.2009)

Corte Especial, em 2.6.2010

DJe 21.6.2010



---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.064.558-MS (2008/0128789-9)**

---

Relator: Ministro Massami Uyeda  
Recorrente: Banco Itaú S/A  
Advogado: Nilza Ramos e outro(s)  
Recorrido: Rogério de Barros Wanderley  
Advogado: Mozart Vilela Andrade e outro(s)

---

**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. AÇÕES REVISIONAL E CONSIGNATÓRIA. MÚTUO HABITACIONAL. SFH. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA DE MARÇO/90. IPC. 84,32%. LEGALIDADE DO CRITÉRIO DE AMORTIZAÇÃO QUE PREVÊ A CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR ANTES DA AMORTIZAÇÃO DECORRENTE DA PRESTAÇÃO MENSAL. SALDO RESIDUAL. AUSÊNCIA DE COBERTURA PELO FCVS. RESPONSABILIDADE DO MUTUÁRIO.

I - Não há se falar em ofensa ao art. 535 do CPC, pois todas as questões suscitadas pelo recorrente foram solucionadas à luz da fundamentação que pareceu adequada ao caso concreto.

II - É possível a utilização da Taxa Referencial como índice de correção monetária nos contratos de financiamento imobiliário em que prevista a atualização do saldo devedor pelos mesmos índices da caderneta de poupança, ainda que o contrato seja anterior à Lei n. 8.177/91;

III - O índice aplicável ao reajuste da prestação nos contratos de financiamento habitacional no mês de abril de 1990, relativo ao mês de março do mesmo ano, é o IPC, no percentual de 84,32;

IV - É legal o critério que prevê a incidência da correção monetária e juros sobre o saldo devedor antes da amortização decorrente do pagamento da prestação mensal do contrato;

V - Nos contratos sem cláusulas de cobertura pelo FCVS, os mutuários finais responderão pelo resíduo dos saldos devedores existentes;

VI - Recurso provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

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

Ministro Massami Uyeda, Relator

---

DJe 3.12.2008

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto pelo BANCO ITAÚ S/A com fulcro no art. 105, III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, no qual alega violação dos arts. 535 do Código de Processo Civil, 16 e 17 da Lei n. 7.730/89; 12 da Lei n. 8.177/91; 6º, “c”, da Lei n. 4.380/64; e 2º do Decreto-Lei n. 2.349/87, além de divergência jurisprudencial.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a ação revisional de contrato de mútuo habitacional, ajuizada por ROGÉRIO DE BARROS WANDERLEY, foi julgada parcialmente procedente pelo primeiro grau de jurisdição (fls. 336/347), para o fim de declarar: *i*) a capitalização anual de juros; *ii*) a correção do saldo devedor dos meses de março e abril de 1990 pelo BTNF (41,28%) e pelo INPC, em substituição à Taxa Referencial, a partir dos mês de março de 1991; *iii*) a amortização das prestações pagas em momento anterior à correção do saldo devedor; *iv*) a nulidade da cláusula que prevê cobrança do saldo residual.

Interposto recurso de apelação pelo ora recorrente, o eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou-lhe provimento (fls. 409/411).

Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados (fls. 419/424).

Sustenta o recorrente, em síntese, a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional. Defende, ainda: *i)* a legalidade da Taxa Referencial como índice de correção monetária do saldo devedor; *ii)* a amortização do saldo devedor em momento posterior à sua atualização; *iii)* a incidência da variação do IPC (84,32%) em março de 1990; e *iv)* a validade da cláusula que prevê a responsabilidade dos mutuários por eventual saldo devedor residual (fls. 427/439).

O recorrido apresentou contra-razões às fls. 469/485.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): A irresignação merece prosperar.

Inicialmente, não há se falar em ofensa ao art. 535 do CPC, pois todas as questões suscitadas pelo recorrente foram solucionadas à luz da fundamentação que pareceu adequada ao caso concreto. É entendimento assente que o Órgão judicial, para expressar sua convicção, não precisa mencionar todos os argumentos levantados pelas partes, mas, tão-somente, explicitar os motivos que entendeu serem suficientes à composição do litígio.

Em relação à Taxa Referencial, esta Corte Superior firmou entendimento no sentido da validade da sua utilização como indexador da correção monetária do saldo devedor nos contratos de mútuo habitacional, a partir da edição da Lei n. 8.177/91, ainda que o contrato tenha sido celebrado anteriormente, desde que prevista a atualização pelo índice aplicável à caderneta de poupança, como no caso concreto (*ut* AgRg nos EREsp 795.901/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 4.6.2007; REsp 645.126/PE, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 30.4.2007).

Quanto ao índice de correção de março/90, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, após inicial divergência, pacificou, em definitivo, por maioria absoluta, o entendimento de que o índice aplicável ao reajuste da prestação nos contratos de financiamento habitacional no mês de abril de 1990, relativo ao mês de março do mesmo ano, é o IPC, no percentual de 84,32

(EREsp n. 218.426/ES, rel. Ministro Vicente Leal, DJ de 19.4.2004). E ainda: REsp 818.943/MG, rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ 13.8.2007; AgRg nos EDcl no Ag n. 654.048/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 24/10/2005; AgRg nos EREsp n. 263.554/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ 29.11.2004.

No tocante ao momento de correção do saldo devedor, a orientação deste Tribunal firmou-se no sentido da legalidade do critério que prevê a incidência da correção monetária e juros sobre o saldo devedor antes da amortização decorrente do pagamento da prestação mensal do contrato.

A respeito, colaciona-se o seguinte precedente:

*“[...] - O sistema de prévio reajuste e posterior amortização do saldo devedor não fere a comutatividade das obrigações pactuadas no ajuste, uma vez que, de um lado, deve o capital emprestado ser remunerado pelo exato prazo em que ficou à disposição do mutuário, e, de outro, restou convencionado no contrato que a primeira parcela será paga apenas no mês seguinte ao do empréstimo do capital. [...]”* (REsp 427.329/SC, rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ 9.6.2003). E, ainda: AgRg no REsp 963.675/DF, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 17.12.2007; REsp 707.029/MG, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 3.9.2007.

No concernente à responsabilidade pelo saldo devedor residual, importante ressaltar que, de acordo com os elementos dos autos, o contrato foi firmado pelo Plano de Equivalência Salarial - Categoria Profissional para o reajuste das prestações, com a atualização do saldo devedor mediante aplicação dos mesmos índices de atualização utilizados para os depósitos em caderneta de poupança.

Assim, diante de tais evidências, conforme enfatizou o eminente Ministro Barros Monteiro, no julgamento do REsp n. 382.875, em 21.5.2002, *“é facilmente perceptível que, num sistema em que haja dois critérios distintos para atualização, um para o saldo devedor e outro para a definição dos encargos mensais, sobejará afinal uma quantia em aberto”*.

Anote-se, ainda, que, não havendo previsão de cobertura de eventual saldo devedor residual pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais, como é o caso, a diferença final será de responsabilidade do mutuário, conforme o disposto no art. 2º do Decreto-Lei n. 2.349, de 29 de julho de 1987, *in verbis*:

*Art. 2º Nos contratos sem cláusulas de cobertura pelo FCVS, os mutuários finais responderão pelos resíduos dos saldos devedores existentes, até sua final liquidação, na forma que for pactuada, observadas as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.*

Portanto, não há como imputar-se inválida a cláusula contratual que prevê a responsabilidade do mutuário para transferir o eventual resíduo ao agente financeiro. Nesse sentido, cita-se o seguinte precedente desta Corte Superior:

*“SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE ESTABELECE PARÂMETRO DE ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR DISTINTO DAQUELE PREVISTO PARA O REAJUSTE DOS ENCARGOS MENSASIS. OBJETO IMPOSSÍVEL. INEXISTÊNCIA. CONTRATO CELEBRADO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 8.692, DE 28.7.1993. - Previsto em lei, o critério de reajuste do saldo devedor (pelos mesmos índices de atualização dos depósitos em cadernetas de poupança) é válido, independentemente do parâmetro utilizado para o reajustamento dos encargos mensais (Plano de Equivalência Salarial por Comprometimento de Renda). Não estando preconizada a cobertura do eventual resíduo pelo FCVS (Fundo de Compensações de Variações Salariais), o que sobejar ao final do contrato é da responsabilidade do mutuário. Recurso especial não conhecido.”*

(REsp 382.875/SC, rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 21.5.2002, DJ 24.2.2003, p. 239)

Assim, dá-se provimento ao recurso especial, para permitir a correção monetária do saldo devedor pela Taxa Referencial e a utilização do IPC (84,32%) para o reajuste da prestação no mês de março de 1990; autorizar que o saldo devedor seja corrigido antes da amortização decorrente da prestação mensal; e declarar a validade da cláusula que prevê a responsabilidade do mutuário por eventual saldo devedor residual.

Em razão da sucumbência recíproca, condena-se as partes ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, mantido quanto a estes o valor fixado na sentença, que deverá ser reciprocamente suportado na proporção de 20% pelo recorrente e 80% pelos recorridos, admitindo-se a compensação nos termos da lei.

É o voto.