



Súmula n. 390

SÚMULA N. 390

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

Precedentes:

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

Corte Especial, em 2.9.2009

DJe 9.9.2009, ed. 435

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

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

EMENTA

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

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

2. Agravo Regimental conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ 1º.8.2000

RELATÓRIO

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

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

A decisão foi assim publicada:

Vistos, etc.

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

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

Passo à análise do Agravo de Instrumento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

Relatei.

VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Assim, conheço do Agravo para lhe negar provimento.

É o voto.

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

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Embargante: Ministério Público Federal

Embargado: Estado do Rio de Janeiro

Procuradores: Marcelo Ortigão B. de Carvalho e outros

Interessado: Lahia Rachid Antônio

Advogada: Matilde Carone Slaibi Conti

EMENTA

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

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

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

3. Inaplicabilidade da Súmula n. 77-TFR.

4. Embargos de divergência acolhidos.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Vicente Leal, Presidente

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

É o relatório.

VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I - que anular o casamento;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É o voto.

VOTO-VISTA

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

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

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

Estes são os fatos. Passo a me manifestar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Confira-se, a propósito:

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

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

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

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

É como voto.

VOTO

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

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

VOTO

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

VOTO VENCIDO

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

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

Relator: Ministro Luiz Fux

Embargante: Fábio Ruthzatz

Advogado: Marco Aurélio Poffo e outro(s)

Embargado: União

EMENTA

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

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

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

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

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

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

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

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

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Luiz Fux, Relator

RELATÓRIO

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

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

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

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

3. Agravo regimental improvido.

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

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

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

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

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

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

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

5. Recurso especial a que se nega provimento.

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

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

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

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

3. Agravo regimental improvido.

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

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

É o Relatório.

VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Inaplicabilidade da Súmula n. 77-TFR.

4. Embargos de divergência acolhidos. (REsp n. 168.837-RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 5.3.2001).

Tributário. Processual. Finsocial. Cofins. PIS. Compensação. Lei n. 8.383/1991 (art. 66). Instruções Normativas n. 21/1997 e n. 73/1997. Embargos infringentes. Remessa *ex officio*. CPC, art. 530.

1. No âmbito do lançamento por homologação, são compensáveis diretamente pelo contribuinte os valores recolhidos a título de Finsocial com a Cofins, todavia a compensação do Finsocial com o PIS não é admitida.

(...)

4. Remessa *ex officio* não enseja a interposição de embargos infringentes.

5. Recurso parcialmente provido. (REsp n. 226.253-RN, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 5.3.2001).

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

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

2. Agravo Regimental conhecido e não provido. (AgRg no Ag n. 185.889-RS, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 1º.8.2000).

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

É como voto.

Recorridos: Indústria Textil Apucarana Ltda. e outros
Advogados: Cezar Saldanha Souza Júnior e outros e Neilar Terezinha Lourencon Martins e outro

EMENTA

I - Processual. Remessa ex-officio. Acórdão não unânime. Embargos infringentes. Descabimento.

II - Tributário. Imposto de renda. Crédito decorrente de empréstimo compulsório à Eletrobrás. Indisponibilidade. Não incidência.

I - Decisão que, em primeiro grau de jurisdição, condena o Estado não é sentença, mas um projeto que o juiz apresenta ao Tribunal (CPC - Art. 475, III).

II - Remessa *ex officio* não é recurso - muito menos, apelação.

III - O acórdão que aprecia remessa *ex officio*, mesmo quando adotado por maioria, não se expõe a embargos infringentes. Contra ele é possível a interposição imediata de recurso especial.

IV - Os créditos resultantes de empréstimo compulsório à Eletrobrás não constituem disponibilidade, para fins de imposto de renda, enquanto não forem liberados pela devedora, nos termos do DL n. 1.521/1976, art. 3º.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro José de Jesus Filho, conhecer do recurso e por unanimidade, negar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, José Delgado, José de Jesus Filho e Demócrito Reinaldo.

Brasília (DF), 2 de setembro de 1996 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: - Em apreciação de remessa *ex officio*, o E. Tribunal Regional Federal da Quarta Região, confirmou Sentença contrária à União Federal. O Acórdão foi adotado por maioria e resumido nestas palavras:

O fato gerador do imposto de renda é o acréscimo patrimonial, mais a disponibilidade econômica ou jurídica, esta não se confundindo com direito ao crédito ou com a exigibilidade deste. Hipótese em que estando o crédito decorrente do empréstimo compulsório sob regime legal de indisponibilidade por vinte anos, falta ao fato gerador do imposto de renda o pressuposto básico da disponibilidade jurídica ou econômica. (fl. 225).

A União Federal desafiou este Acórdão, interpondo recurso especial, afirmando maltratos ao art. 18 do DL n. 1.598/1977 e ao art. 43 do CTN.

Paralelamente, opôs embargos infringentes, em que formulou pedido de reforma do Aresto majoritário, com preponderância da tese consagrada pelo voto vencido (em seu favor).

Os Embargos foram conhecidos, contra o entendimento de minoria que não admite esta espécie de recurso, em sede de remessa de ofício. Foram contudo, rejeitados, confirmando-se a Decisão embargada.

O v. Acórdão tomado na rejeição de embargos infringentes não foi objeto de recurso.

O Recurso interposto contra o Acórdão embargado teve andamento e, agora se expõe a nosso julgamento.

Este, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): - Destaco, em preliminar, questão relacionada com a admissibilidade do recurso.

Como registrei no relatório, o Acórdão tomado no julgamento dos embargos infringentes não foi objeto de recurso. O apelo enfrenta a decisão intermediária, que apreciou a remessa oficial.

Em tal situação, o recurso não estaria a desafiar “decisão de última instância. Por isto, seu conhecimento seria inviável.

Surge, entretanto, uma questão incidente, relacionada com a possibilidade de o acórdão que deslindou remessa de ofício expor-se a embargos infringentes.

É necessário que superemos esta questão.

Com efeito, se for possível a incidência dos embargos, o recurso especial não será conhecido.

Em contrapartida, se os embargos forem inoportunos, o Acórdão que deles conheceu terá laborado em nulidade.

Vejam, pois:

O Regimento Interno do E. Tribunal *a quo* prevê a interposição de embargos infringentes no julgamento de remessa *ex officio*. (Art. 253).

No julgamento do REsp n. 29.800, que funcionou como *leading case* e conduziu à Súmula n. 45 do STJ, dissertei sobre o tema, nestas palavras:

A remessa de ofício é um instituto criado pelo atual Código de Processo Civil para substituir a apelação *ex officio* consagrada no art. 822 do diploma de 1939, nestes termos:

A apelação necessária ou *ex officio* será interposta pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença.

Parágrafo único. Haverá apelação necessária:

I - das sentenças que declaram a nulidade do casamento;

II - das que homologam o desquite amigável;

III - das proferidas contra a União, o Estado ou o Município.

O recurso *ex officio* é uma contribuição lusitana ao direito processual.

Sua origem encontra-se no velho procedimento inquisitório da justiça penal.

Para Alfredo Buzaid o recurso obrigatório foi concebido como instrumento de controle do arbítrio que o sistema inquisitivo possibilitava aos juízes.

José Frederico Marques sustenta:

a apelação criminal *ex officio* foi instrumento de centralização monárquica de que se serviram os dinastas portugueses para a instauração paulatina do absolutismo, e em detrimento das Justiças locais. (Instituições de Direito Processual Civil - Forense - 1960 - Vol. IV - p. 364).

No Direito brasileiro, o instituto foi adotado, mas - no dizer do Mestre Frederico Marques - "não foi para ampliar a intervenção e controle judicial em processos relativos a direitos indisponíveis (o processo civil inquisitório) que adotamos o recurso de ofício, e, sim, para maior garantia do Erário. Só mais tarde é que a apelação *ex officio* passou a ser usada em algumas questões e litígios de direito matrimonial" (*op. cit.* p. 365).

Em verdade, o instituto traduz uma deformação cultural, herdada de nossas origens: a falta de confiança do Estado em seus agentes e a leniência em sancionar quem pratica atos ilícitos em detrimento do interesse público.

Se o juiz ou o advogado do Estado é desidioso ou prevaricador, outros povos civilizados o afastariam da Magistratura.

Nós, não: criamos uma complicação processual, pela qual, violentando-se o princípio dispositivo, obriga-se o juiz a recorrer.

O Código de Processo Civil de 1973 racionalizou o sistema de recursos, especializando as diversas formas de apelos, em função do ato judicial a ser desafiado.

Racionalizou, também, a terminologia dos atos praticados pelo juiz, no processo.

Assim, o termo "sentença" foi reservado para designar "o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa" (CPC art. 161, § 1º).

Qualquer decisão que não ponha termo ao processo denomina-se "decisão interlocutória" (art. 161, § 2º).

No que respeita à sistemática dos recursos, o art. 513, com admirável precisão, disse: "Da sentença caberá apelação (Arts. 267 e 269)".

Assim especializada a apelação, destinou-se o agravo de instrumento às demais decisões.

Já os embargos infringentes tiveram o âmbito de atuação limitado aos acórdãos provenientes de apelações. Vale dizer: aos arestos que apreciaram sentenças.

Na impossibilidade de romper com a tradição do "recurso *ex officio*", o Diploma de 1973 concebeu fórmula em que procurou conciliar a velha anomalia com o princípio do dispositivo e a terminologia científica adotada.

A fórmula se traduziu no art. 475 do CPC, nestes termos:

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

- I - que anular o casamento;
- II - proferida contra a União, o Estado e o Município;

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

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

O artigo 475 se insere como corpo estranho no sistema do Código. A decisão contrária ao Estado:

a) julga o mérito e leva o apelido, mas não é sentença, porque não põe fim ao processo;

b) não se confunde com “decisão”, pois não preclui;

c) afasta-se destes dois atos do juiz por ser ineficaz. Enquanto os dois outros requisitam a atuação de atos da parte, para que tenham suspensos seus efeitos, o ato de que trata o art. 475 é absolutamente ineficaz. O dispositivo nele contido apenas ganha eficácia depois de confirmado pelo Tribunal.

Diante de tantas particularidades, o intérprete é levado a constatar que o ato do juiz - ao se pronunciar contra a pretensão do Estado - constitui o primeiro momento de um ato judicial complexo. O aperfeiçoamento deste ato complexo requer a manifestação de dois órgãos: o juiz singular e o Tribunal.

O juiz, nesta hipótese, apresenta ao Tribunal um projeto de sentença. Aprovado, o esboço transforma-se em sentença, eficaz e apta a gerar coisa julgada.

Em contrapartida, quando modifica o projeto, a Corte não estará reformando sentença. Estará ajustando a proposta ao que lhe parece deva ser a sentença correta.

Percebido este fenômeno, é de se concluir que na remessa *ex officio* não existe qualquer recurso. Muito menos, apelação.

Ora, os embargos infringentes servem apenas para atacar apelações. Não desafiam qualquer outro recurso.

No julgamento do RE n. 89.490 (RTJ 91/1.084/85), o saudoso Ministro Cunha Peixoto, observou, *in verbis*:

a redação do parágrafo único, a meu ver, leva à conclusão de não se tratar de apelação. Com efeito, o final desse parágrafo estatui: “não o fazendo, (quer dizer, não remetendo os autos) poderá o presidente do Tribunal avocá-los”.

Não há apelação quando se trata de avocação. Ora, quando o Juiz não determina a remessa dos autos, o Presidente pode avocar o processo, e não se pode dizer haver, aí, apelação.

Acho que basta este argumento para mostrar, *data venia*, que não é apelação.

Assim, com a devida vênia dos eminentes Ministros que votaram em sentido contrário, conheço do recurso mas lhe nego provimento.

Este voto foi prestigiado pela adesão do Eminente Ministro Moreira Alves, nestes termos:

não há dúvida alguma de que a modificação em causa decorreu de intenção preconcebida de alterar o sistema atual, e a alteração se fez com a retirada, do Código atual, da “apelação *ex officio*” do capítulo dos recursos, e a colocação de sujeição a duplo grau de jurisdição no capítulo da Coisa Julgada, para caracterizar que a sentença, nesses casos, não transita em julgado com o ato de julgamento de primeiro grau, mas se desdobra em ato complexo. Para que ela transite em julgado, necessário se faz que, além do julgamento de primeira instância, haja o de segunda, tanto por maioria de votos, como por unanimidade.

Ora, no sistema do Código anterior, só se admitiam, quando houvesse divergência, embargos infringentes, porque estes eram cabíveis, quando não fosse unânime a decisão em apelação, e, no caso, havia apelação, embora *ex officio*.

É certo que, mesmo sob o império do Código de 1939, houve parte da doutrina que se manifestou em contrário, entendendo que a apelação necessária, ou *ex officio*, não era propriamente recurso. Mas, essa doutrina não vingou, porque a questão não era ontológica, mas devia ser resolvida em face do tratamento que a lei lhe dava, e este era o de apelação.

Em face do novo Código de Processo Civil, isso não mais ocorre, não cabendo, conseqüentemente, embargos infringentes, que, pelo artigo 530, só se admitem com relação a julgados proferidos em apelação e em ação rescisória.

Em face do exposto, Sr. Presidente, com a devida vênia dos que pensam em contrário, acompanho o voto do eminente Ministro Cunha Peixoto, e, portanto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

Os dois pronunciamentos resultaram vencidos. No entanto neles se encontram razões ponderosas, que autorizam o reestudo da controvérsia - tanto mais, quando se pensa em simplificar e tornar econômico o procedimento civil.

O Superior Tribunal de Justiça, a quem foi transferida a competência para interpretar a lei federal deve reabrir tão relevante questão, revendo inclusive, a Súmula n. 77 do saudoso Tribunal Federal de Recursos.

A Corte, efetivamente acolheu minha proposta, adotando o entendimento de que Acórdão majoritário em sede de remessa oficial não se expõe a embargos infringentes.

Se assim ocorre, a decisão emitida pela Turma, na apreciação da remessa, pode ser conceituada como de última instância”. Em consequência o recurso especial que a enfrentou merece conhecimento.

Superada a preliminar, aprecio o mérito.

Para tanto, observo que o Acórdão recorrido, após discutir a incidência de Imposto de Renda sobre correção monetária dos valores relativos a empréstimo compulsório tomado pela Eletrobrás, proclamou:

O fato gerador do imposto de renda é o acréscimo patrimonial, mais a disponibilidade econômica ou jurídica, esta não se confundindo com direito ao crédito ou com a exigibilidade deste. Hipótese em que estando o crédito decorrente do empréstimo compulsório sob regime legal de indisponibilidade por vinte anos, falta ao fato gerador do imposto de renda o pressuposto básico da disponibilidade jurídica ou econômica. (fl. 225).

Tal proposição resultou do voto vitorioso, emitido pelo então Juiz Ari Pargendler, montado em raciocínio exposto nestes termos:

A disponibilidade jurídica não se confunde com o direito ao crédito ou com a exigibilidade deste. Só se caracteriza com a possibilidade de dispor imediatamente da renda. Aqui, por força de lei, o crédito decorrente do empréstimo compulsório instituído em favor da Eletrobrás é indisponível.

Se o pressuposto do fato gerador do imposto de renda é a disponibilidade jurídica ou econômica, não há como identificá-lo num crédito que é indisponível. (fl. 222).

Não enxergo em tal proposição, qualquer ofensa ao art. 18 do DL n. 1.598/1977, nem ao art. 43 do CTN.

Nego provimento ao Apelo.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro José Delgado: - Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Exa. O Código de Processo Civil anterior chamava de apelação de ofício. Hoje

sabemos que a denominação é reexame necessário da noção técnica e não produz os efeitos de uma apelação. Por exemplo, pode haver, *reformatium in pejus*. Há uma limitação na apreciação em Segundo Grau, para se adequar ao dispositivo do Código de Processo Civil no que se refere a embargos infringentes.

É como voto.

VOTO-PRELIMINAR (VENCIDO)

O Sr. Ministro José de Jesus Filho: Senhor Presidente. Continuo prestigiando as súmulas do Tribunal Federal de Recursos. Faço porque era um Tribunal de revisão que correspondia a um de Segundo Grau em relação aos Juízes Federais. E, em boa hora, admitiram que cabia embargos infringentes no acórdão, não unânime, proferido em remessa *ex officio*. É uma construção que, para o Segundo Grau, parece-me correta. Se fosse a nível de Tribunal Superior, pensaria em examinar a tese que V. Exa., brilhantemente, sustenta no seu voto acompanhado por dois Eminentes Ministros. Aqui, no Superior Tribunal de Justiça, é diferente. A questão deve ser resolvida no Regional.

Por essa razão, sem maiores considerações, pedindo vênia a V. Exa. e aos Srs. Ministros que o acompanharam, não conheço do recurso, porque entendo que a súmula para o Segundo Grau está corretamente direcionada.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo: Sr. Presidente, conheço dos embargos infringentes interpostos no julgamento no recurso de ofício, como V. Exa. E o faço com o auxílio dos argumentos utilizados pelo Eminente Ministro *José Delgado*, porque o Código atual fala expressamente no recurso necessário em duplo grau de jurisdição, ou seja, de uma denominação específica. No art. 530 só se permite os embargos infringentes em caso de apelação em ação rescisória. Não podemos dar um entendimento diferente para não alargá-lo quando a tendência do Juiz é restringir o número de recursos e enxugar o processo.

Estou de acordo com V. Exa.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 226.053-PI (99.0070705-2)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Estado do Piauí

Advogado: Antônio Ribeiro Soares Filho e outros

Recorrido: Associação dos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais do
Estado do Piauí

Advogado: Antônio Carlos Moreira Ramos e outro

EMENTA

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

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

2 - Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Hamilton Carvalhido, Fontes de Alencar e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Ministro William Patterson.

Brasília (DF), 19 de outubro de 1999 (data do julgamento).

Ministro Vicente Leal, Presidente

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ 29.11.1999

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Estado do Piauí*, com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquela unidade federativa, assim ementado, *verbis*:

Embargos infringentes. Trata-se de dívida de valor, devendo sua reparação se ajustar ao princípio *da restitutio in integrum*.

Julgaram procedentes os embargos infringentes, de acordo com a Procuradoria Geral de Justiça. (fls. 113).

Aduz o recorrente violação ao art. 530 do CPC, bem como divergência jurisprudencial, no sentido do cabimento de embargos infringentes em remessa oficial.

Apresentadas as contra-razões, e admitido o recurso, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): A controvérsia cinge-se à possibilidade ou não de oposição de embargos infringentes contra acórdão não unânime, proferido em sede de remessa oficial.

A Corte, a esse respeito, já se pronunciou, afastando a aplicação da Súmula n. 77, do extinto TFR, no sentido de que os embargos infringentes são impróprios para desafiar acórdão não unânime proferido em sede de remessa *ex officio*, porquanto o Tribunal quando a aprecia, limita-se a complementar o ato complexo que se iniciou com a decisão monocrática contrária ao Estado.

A propósito, fixou o Min. Humberto Gomes de Barros, na assentada de 2.9.1996 da Primeira Turma, por ocasião do julgamento do REsp n. 86.473-PR:

Destaco, em preliminar, questão relacionada com a admissibilidade do recurso.

Como registrei no relatório, o Acórdão tomado no julgamento dos embargos infringentes não foi objeto de recurso. O apelo enfrenta a decisão intermediária, que apreciou a remessa oficial.

Em tal situação, o recurso não estaria a desafiar “decisão de última instância”. Por isto, seu conhecimento seria inviável.

Surge, entretanto, uma questão incidente, relacionada com a possibilidade de o acórdão que deslindou remessa de ofício expor-se a embargos infringentes.

É necessário que superemos esta questão.

Com efeito, se for possível a incidência dos embargos, o recurso especial não será conhecido.

Em contrapartida, se os embargos forem inoportunos, o Acórdão que deles conheceu terá laborado em nulidade.

Vejamos, pois:

O Regimento Interno do E. Tribunal *a quo* prevê a interposição de embargos infringentes no julgamento de remessa *ex officio*. (art. 253).

No julgamento do REsp n. 29.800, que funcionou como *leading case* e conduziu à Súmula n. 45 do STJ, dissertei sobre o tema, nestas palavras:

A remessa de ofício é um instituto criado pelo atual Código de Processo Civil para substituir a apelação *ex officio* consagrada no art. 822 do diploma de 1939, nestes termos:

A apelação necessária ou *ex officio* será interposta pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença.

Parágrafo único. Haverá apelação necessária:

I - das sentenças que declaram a nulidade do casamento;

II - das que homologam o desquite amigável;

III - das proferidas contra a União, o Estado ou o Município.

O recurso *ex officio* é uma contribuição lusitana ao Direito Processual.

Sua origem encontra-se no velho procedimento inquisitório da Justiça Penal.

Para Alfredo Buzaid o recurso obrigatório foi concebido como instrumento de controle do arbítrio que o sistema inquisitivo possibilitava aos juízes.

José Frederico Marques sustenta:

a apelação criminal *ex officio* foi instrumento de centralização monárquica de que se serviram os dinastas portugueses para a instauração paulatina do absolutismo, e em detrimento das Justiças locais. (Instituições de Direito Processual Civil - Forense - 1960 - Vol. IV - p. 364).

No Direito brasileiro, o instituto foi adotado, mas - no dizer do Mestre Frederico Marques - "não foi para ampliar a intervenção e controle judicial em processos relativos a direitos indisponíveis (o processo civil inquisitório) que adotamos o recurso de-ofício, e, sim, para maior garantia do Erário. Só mais tarde é que a apelação *ex officio* passou a ser usada em algumas questões e litígios de direito matrimonial" (*op. cit.* p. 365).

Em verdade, o instituto traduz uma deformação cultural, herdada de nossas origens: a falta de confiança do Estado em seus agentes e a leniência em sancionar quem pratica atos ilícitos em detrimento do interesse público.

Se o juiz ou o advogado do Estado é desidioso ou prevaricador, outros povos civilizados o afastariam da Magistratura.

Nós, não: criamos uma complicação processual, pela qual, violentando-se o princípio dispositivo, obriga-se o juiz a recorrer.

O Código de Processo Civil de 1973 racionalizou o sistema de recursos, especializando as diversas formas de apelos, em função do ato judicial a ser desafiado.

Racionalizou, também, a terminologia dos atos praticados pelo juiz, no processo.

Assim, o termo "sentença" foi reservado para designar "o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa" (CPC art. 161, § 1º).

Qualquer decisão que não ponha termo ao processo denomina-se "decisão interlocutória" (art. 161, § 2º).

No que respeita à sistemática dos recursos, o art. 513, com admirável precisão, disse: "Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269)".

Assim especializada a apelação, destinou-se o agravo de instrumento às demais decisões.

Já os embargos infringentes tiveram o âmbito de atuação limitado aos acórdãos provenientes de apelações. Vale dizer: aos arestos que apreciaram sentenças.

Na impossibilidade de romper com a tradição do "recurso *ex officio*", o Diploma de 1973 concebeu fórmula em que procurou conciliar a velha anomalia com o princípio do dispositivo e a terminologia científica adotada.

A fórmula se traduziu no art. 475 do CPC, nestes termos:

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

- I - que anular o casamento;
- II - proferida contra a União, o Estado e o Município;

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

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

O Artigo 475 se insere como corpo estranho no sistema do Código. A decisão contrária ao Estado:

a) julga o mérito e leva o apelido, mas não é sentença, porque não põe fim ao processo;

b) não se confunde com “decisão”, pois não preclui;

c) afasta-se destes dois atos do juiz por ser ineficaz. Enquanto os dois outros requisitam a atuação de atos da parte, para que tenham suspensos seus efeitos, o ato de que trata o art. 475 é absolutamente ineficaz. O dispositivo nele contido apenas ganha eficácia depois de confirmado pelo Tribunal.

Diante de tantas particularidades, o intérprete é levado a constatar que o ato do juiz - ao se pronunciar contra a pretensão do Estado - constitui o primeiro momento de um ato judicial complexo. O aperfeiçoamento deste ato complexo requer a manifestação de dois órgãos: o juiz singular e o Tribunal.

O juiz, nesta hipótese, apresenta ao Tribunal um projeto de sentença. Aprovado, o esboço transforma-se em sentença, eficaz e apta a gerar coisa julgada.

Em contrapartida, quando modifica o projeto, a Corte não estará reformando sentença. Estará ajustando a proposta ao que lhe parece deva ser a sentença correta.

Percebido este fenômeno, é de se concluir que na remessa *ex officio* não existe qualquer recurso. Muito menos, apelação.

Ora, os embargos infringentes servem apenas para atacar apelações. Não desafiam qualquer outro recurso.

No julgamento do RE n. 89.490 (RTJ 91/1084/85), o saudoso Ministro Cunha Peixoto, observou, *in verbis*:

a redação do parágrafo único, a meu ver, leva à conclusão de não se tratar de apelação. Com efeito, o final desse parágrafo estatui: “não o fazendo, (quer dizer, não remetendo os autos) poderá o presidente do Tribunal avocá-los”.

Não há apelação quando se trata de avocação. Ora, quando o Juiz não determina a remessa dos autos, o Presidente pode avocar o processo, e não se pode dizer haver, aí, apelação.

Acho que basta este argumento para mostrar, *data venia*, que não é apelação.

Assim, com a devida vênia dos eminentes Ministros que votaram em sentido contrário, conheço do recurso mas lhe nego provimento.

Este voto foi prestigiado pela adesão do Eminentíssimo Ministro Moreira Alves, nestes termos:

Não há dúvida alguma de que a modificação em causa decorreu de intenção preconcebida de alterar o sistema atual, e a alteração se fez com a retirada, do Código atual, da "apelação *ex officio*" do capítulo dos recursos, e a colocação de sujeição a duplo grau de jurisdição no capítulo da Coisa Julgada, para caracterizar que a sentença, nesses casos, não transita em julgado com o ato de julgamento de primeiro grau, mas se desdobra em ato complexo. Para que ela transite em julgado, necessário se faz que, além do julgamento de primeira instância, haja o de segunda, tanto por maioria de votos, como por unanimidade.

Ora, no sistema do Código anterior, só se admitiam, quando houvesse divergência, embargos infringentes, porque estes eram cabíveis, quando não fosse unânime a decisão em apelação, e, no caso, havia apelação, embora *ex officio*.

É certo que, mesmo sob o império do Código de 1939, houve parte da doutrina que se manifestou em contrário, entendendo que a apelação necessária, ou *ex officio*, não era propriamente recurso. Mas, essa doutrina não vingou, porque a questão não era ontológica, mas devia ser resolvida em face do tratamento que a lei lhe dava, e este era o de apelação.

Em face do novo Código de Processo Civil, isso não mais ocorre, não cabendo, conseqüentemente, embargos infringentes, que, pelo artigo 530, só se admitem com relação a julgados proferidos em apelação e em ação rescisória.

Em face do exposto, Sr. Presidente, com a devida vênia dos que pensam em contrário, acompanho o voto do eminentíssimo Ministro Cunha Peixoto, e, portanto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

Os dois pronunciamentos resultaram vencidos. No entanto neles se encontram razões ponderosas, que autorizam o reestudo da controvérsia - tanto mais, quando se pensa em simplificar e tornar econômico o procedimento civil.

O Superior Tribunal de Justiça, a quem foi transferida a competência para interpretar a lei federal deve reabrir tão relevante questão, revendo inclusive, a Súmula n. 77 do saudoso Tribunal Federal de Recursos.

A Corte, efetivamente acolheu minha proposta, adotando o entendimento de que Acórdão majoritário em sede de remessa oficial não se expõe a embargos infringentes.

Se assim ocorre, a decisão emitida pela Turma, na apreciação da remessa, pode ser conceituada como de última instância. Em conseqüência o recurso especial que a enfrentou merece conhecimento.

A ementa do citado precedente, publicada no DJ de 6.12.1996, restou assim redigida:

I – Processual. Remessa ex-officio. Acórdão não unânime. Embargos infringentes. Descabimento.

II – Tributário. Imposto de Renda. Crédito decorrente de empréstimo. Compulsório à Eletrobrás. Indisponibilidade. Não incidência.

I - Decisão que, em primeiro grau de jurisdição, condena o Estado não é sentença, mas um projeto que o juiz apresenta ao Tribunal (CPC - art. 475, III).

II - Remessa *ex officio* não é recurso - muito menos, apelação.

III - O acórdão que aprecia remessa *ex officio*, mesmo quando adotado por maioria, não se expõe a embargos infringentes. Contra ele é possível a interposição imediata de recurso especial.

IV - Os créditos resultantes de empréstimo compulsório à Eletrobrás não constituem disponibilidade, para fins de imposto de renda, enquanto não forem liberados pela devedora, nos termos do DL n. 1.512/1976, art. 3º.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 226.253-RN (99.0071123-8)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Recorrente: Fazenda Nacional
Procurador: Walter Giuseppe Manzi e outros

Recorrido: Brasilfarma Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.
Advogado: Wellington de Sá Borba Pinto

EMENTA

Tributário. Processual. *Finsocial*. *Cofins*. PIS. Compensação. Lei n. 8.383/1991 (art. 66). Instruções Normativas n. 21/1997 e n. 73/1997. Embargos infringentes. Remessa *ex officio*. CPC, art. 530.

1. No âmbito do lançamento por homologação, são compensáveis diretamente pelo contribuinte os valores recolhidos a título de *Finsocial com a Cofins*. Todavia a compensação do Finsocial com o PIS não é admitida.

2. O direito à compensação, inclusive, foi reconhecido pela administração fazendária (INs n. 21/1997 e n. 73/1997), incorporando solução judicial imediata, evitando-se prejuízos às partes, caso se afirmasse em contrário, ensejando novos recursos.

3. Precedentes da Primeira Seção-STJ.

4. Remessa *ex officio* não enseja a interposição de embargos infringentes.

5. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas: Decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, *dar parcial provimento ao recurso*, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Impedido o Senhor Ministro Francisco Falcão. Votaram de acordo com o Relator os Senhores Ministros José Delgado e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro José Delgado.

Custas, como de lei.

Brasília (DF), 13 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente
Ministro Milton Luiz Pereira, Relator

DJ 5.3.2001

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Ao derredor de remessa oficial o colendo Tribunal Regional Federal da 5ª Região constituiu, por maioria, aresto assim sumariado:

Tributário. Ação visando o reconhecimento do direito a compensação de crédito tributário relativo ao Finsocial. Inaplicação das regras do art. 170, CTN. Incidência da regra do art. 66 da Lei n. 8.383/1991. Remessa improvida. (fl. 81).

Opostos Embargos de Declaração foram rejeitados. Eis a ementa do julgado:

Processual Civil. Inexistência de omissão no acórdão. Embargos de declaração improvidos. (fl. 90).

Manifestados Embargos Infringentes foram improvidos por Acórdão ementado nestes termos:

Processual Civil. Remessa *ex officio*. Compensação dos valores recolhidos indevidamente com débitos referentes a outras contribuições da mesma espécie. Finsocial. PIS. Cofins.

1. O direito de realizar a compensação de tributos e contribuições da mesma espécie foi autorizado pelo art. 66, da Lei n. 8.383/1991.
2. Precedentes deste eg. Tribunal Regional Federal.
3. Embargos improvidos. (fl. 111).

A inconformidade recursal funda-se em alegada ofensa aos artigos 66, § 1º, da Lei n. 8.383/1991 e 170, 3º e 4º, do Código Tributário Nacional, além de dissenso com julgados de outros Tribunais.

Aduz: “(..) não são da mesma espécie todas as contribuições destinadas à seguridade social, pois as espécies de contribuições são identificadas pela materialidade de sua hipótese de incidência. Conseqüentemente, só existe uma contribuição de cada espécie, vale dizer, só podem ser compensados créditos do

PIS com débitos do PIS, Finsocial com Finsocial, Cofins com Cofins e assim sucessivamente.”

Omissis

(...) só pode existir uma contribuição de cada espécie, pelo que descabe qualificar como da mesma espécie todas as contribuições para a seguridade social. Quando não for possível efetuar-se a compensação cabe ao contribuinte postular a restituição do indébito prevista no Código Tributário Nacional. (fls. 120-121).

Conclui requerendo:

Diante de todo o exposto, temos que:

a) A decisão que permite a compensação no caso dos autos afronta o disposto no art. 66 da Lei n. 8.383/1991 e o art. 170 do CTN.

b) A interpretação dada a questão pelo TRF 5º Região é frontalmente divergente ao entendimento do TRF 1º e do Superior Tribunal de Justiça.

Isto posto, a Fazenda Nacional confia cm que esta Excelsa Corte proverá este apelo derradeiro para o fim de reformar o referido aresto, cassando a autorização nele contida para a compensação de créditos decorrentes do Finsocial com débitos da recorrida relativos ao PIS, restaurando-se, assim, a autoridade do art. 66, § 1º da Lei n. 8.383/1991 e art. 170 do CTN. (fl. 127).

Transcorreu *in albis* o prazo para apresentação de contra-razões.

O Presidente do Tribunal *a quo* admitiu o processamento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Descortina-se recurso aviado ao derredor da “compensação” (art. 66, Lei n. 8.383/1991), tendo por razão valores recolhidos a título de Finsocial, ensejando a interposição do presente despique com a finalidade de ser modificado o julgado para decretar a inexistência de direito à compensação do Finsocial com débitos relativos à Contribuição Social.

Presentes os requisitos de admissibilidade, impõe o conhecimento do recurso.

Nessa, perspectiva, alinhei-me à compreensão preponderante na Primeira Turma, contrária à compensação; *verbis*:

Créditos tributários. Compensação.

A compensação de créditos tributários só é possível com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos. Não comprovada a existência de créditos desta natureza. A pretensão só poderia ser apreciada e decidida na ação e procedimento ordinário.

Recurso improvido. (RMS n. 4.451-3-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, *in* DJU de 19.9.1994);

Tributação. Compensação. Art. 66 da Lei n. 8.383/1991. Art. 170, do CTN. Art. 146, III, **b**, CF/1988.

1. A Primeira Turma, de modo unânime, em inúmeros precedentes tem assentado que a compensação prevista no art. 66, da Lei n. 8.383/1991, só tem lugar quando, previamente, existe liquidez e certeza do crédito a ser utilizado pelo contribuinte.

2. Crédito líquido e certo, por sua vez, conforme exige o ordenamento jurídico vigente, e o que tem o seu *quantum* reconhecido pelo devedor. Esse reconhecimento pode ser feito de modo voluntário ou por via judicial.

3. O auto-lançamento previsto no CTN e a atividade vinculada. Só pode ser feito de acordo com as regras fixadas pela norma jurídica positiva.

4. Não há lei autorizando, em se tratando de compensação, que o contribuinte efetue o auto-lançamento antes de apurar a liquidez e certeza do crédito.

5. O sistema jurídico tributário trata, de modo igual, situações que impõem relações obrigacionais do mesmo nível. Se, por ocasião a extinção do tributo por meio de pagamento, o devedor e quem apresente o seu débito como líquido e certo, a fim de ser verificado, posteriormente, pelo credor, o mesmo há de se exigir para a compensação, isto é, a parte devedora, no caso o Fisco, deve ser chamada para apurar a certeza e a liquidez do crédito que o contribuinte diz possuir. Tratar de modo diferenciado a compensação, no tocante a liquidez e certeza do débito, e criar, sem autorização legal, um privilégio para o contribuinte e uma discriminação, para a Fazenda Pública.

6. O art. 146, III, letra **b** da CF/1988, dispõe que somente Lei Complementar pode tratar de obrigação, lançamento e crédito tributários. O art. 170, do CTN, ao exigir liquidez e certeza para ser efetivada a compensação, e lei complementar. Ainda mais, quando diz que a compensação só pode ser feita nos termos da Lei Ordinária. Fixa, assim, pressuposto nuclear a ser cumprido pelas partes, não dispensável pela lei ordinária, que é a existência de crédito líquido e certo. A seguir, exige que a lei ordinária autorize a compensação e fixe garantias e o

modo da mesma se proceder. O art. 66 da Lei n. 8.383/1991, em conseqüência, é derivado do art. 170, do CTN. Não criou um novo tipo de compensação. Se o fizesse, não seria acolhido pelo sistema jurídico tributário, por violar norma hierarquicamente superior.

7. Recurso especial provido (REsp n. 108.470-PR, Rel. Min. José Delgado, *in* DJU de 7.4.1997);

Tributário. Compensação de créditos. Finsocial com o Cofins. Mandado de segurança. Ausência de pressupostos Autorizativos. Impossibilidade.

I - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a compensação tributária pressupõe o confronto de débito e crédito provenientes de tributos da mesma natureza, bem como o inequívoco reconhecimento da sua existência. Daí a impossibilidade de ser admitida pela via eleita do *writ of mandamus* a sua pronta concretização.

Ademais, esta colenda Corte se orientou no sentido de ser contrária à compensação entre créditos e débitos provenientes, respectivamente, de Finsocial e Cofins (RMS n. 4.035-6-DF).

II - Recurso especial provido. (REsp n. 100.622-RS, Rel. Min. José de Jesus Filho, *in* DJU de 7.4.1997).

Conquanto a falar da “compensação”, continue pensando ser necessária a demonstração de precedente liquidez e certeza, tornou-se inescandível que a egrégia Primeira Seção, em multifários julgamentos, concretizada em Embargos de Divergência, assentou compreensão favorecendo a possibilidade da pretensão deduzida pelo contribuinte. A respeito, em comemorando o julgamento pioneiro (EREsp n. 78.301-BA - Rel. Min. Ari Pargendler, *inter alia*, confira-se:

Tributário. Contribuição para o *Finsocial* (Lei n. 7.689/1988). Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social *Cofins* (Lei Complementar n. 70/1991). Compensação (Lei n. 8.383/1991). Possibilidade. Embargos Recebidos.

I - Os valores recolhidos a título de contribuição para o *Finsocial*, cuja exação foi considerada inconstitucional pelo STF (RE n. 150.764-1), são compensáveis diretamente pelo contribuinte com aqueles devidos à conta de Cofins, no âmbito do lançamento por homologação. Precedente EREsp n. 78.301-BA, relator Ministro Ari Pargendler, 1ª Seção, julgado em 11.12.1996.

II - Tributos, cujo crédito constitui-se através de lançamento por homologação, como no caso, são apurados em registros da contribuinte, devendo ser considerados líquidos e certos para efeito de compensação, a se concretizar independentemente de prévia comunicação à autoridade fazendária (cf. art. 2º da IN/SRF n. 67/1992), cabendo a essa a fiscalização do procedimento.

III - Embargos recebidos. (REsp n. 96.939 - Rel. Min. Adhemar Maciel - *in* DJU de 30.6.1997).

Outrossim, diante da fortidão do entendimento pretoriano, na lida da compensação, a administração fazendária editou instruções normativas admitindo-a, circunstância que, pragmaticamente, demanda o reconhecimento dos pedidos articulados pelos contribuintes (IN n. 21/1997 e IN n. 73/1997). Teimar com afirmação contrária, na verdade, seria perpetuar situação já resolvida administrativamente, com prejuízos às partes e desconsideração com a instrumentabilidade do processo, ensejando novos recursos.

Contudo, razão assiste à Fazenda Nacional quanto à impossibilidade de compensar débitos oriundos de Finsocial com débitos de natureza diversa, confira-se:

Tributário. Compensação. Finsocial. PIS. A jurisprudência da 1ª e 2ª Turmas do STJ é uniforme no sentido de que, no regime do art. 66 da Lei n. 8.181/1981, os valores indevidamente recolhidos como contribuição para o Finsocial não podem ser compensados com aqueles devidos à conta da contribuição para o PIS. Agravo regimental improvido. (AGREsp n. 133.282-RS, Rel. Min. Ari Pargendler, *in* DJU de 1º.9.1997);

Embargos de declaração. Compensação de créditos. Finsocial e Cofins. Alegada omissão em relação ao PIS. Inocorrência.

Os valores excedentes, indevidamente recolhidos a título do Finsocial são compensáveis com os da mesma espécie tributário, não se compensando os valores do Finsocial com as contribuições para o PIS, de características e destinação diferentes, nenhuma omissão há a ser suprida.

Embargos rejeitados. (EDREsp n. 119.120-SE, Rel. Min. Hélio Mosimann, *in* DJU de 8.9.1997);

Tributário. Contribuição para o Finsocial. Inconstitucionalidade (RE n. 159.764-1). Compensação de créditos. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins. Lei n. 7.689, de 1988, art. 9º. Precedentes STJ.

- Declarada inconstitucional a contribuição para o Finsocial criada pelo art. 9º da Lei n. 7.689, de 1988 (RE n. 159.764-I), os valores recolhidos a esse título, após serem corrigidos monetariamente desde data do pagamento, são compensáveis com aqueles devidos a título de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins; não quanto aqueles devidos a título de contribuição para o PIS, contribuição social sobre o lucro e contribuição social sobre a folha de salários (REsp n. 100.036-CE).

- Recurso parcialmente provido. (REsp n. 78.387-AM, Rel. Min. Peçanha Martins, *in* DJU de 6.10.1997);

Embargos de declaração. Compensação. Finsocial e Cofins.

Admissibilidade. Não, porém, em relação a contribuição social sobre o lucro e as contribuições previdenciárias.

Recebimento dos embargos para, suprindo a omissão, prestar os necessários esclarecimentos. (EDREsp n. 128.887-RS, Rel. Min. Hélio Mosimann, *in* DJU de 17.11.1997);

Processual. Tributário. Preclusão e ausência de prequestionamento (art. 473 Súmula n. 282-STF). Compensação. Finsocial. Cofins, PIS, contribuição social sobre o lucro e imposto de renda de pessoa jurídica.

- Não se conhece de recurso especial que pretende trazer a exame do

- STJ, matéria preclusa e não agitada no acórdão recorrido.

- O lançamento da compensação entre crédito e débito tributário efetiva-se por iniciativa do contribuinte e com risco para ele. O Fisco, em considerando que os créditos não são compensáveis, ou que não é correto o alcance da superposição de critérios e débitos, praticará o lançamento por homologação (previsto no art. 150 do CTN).

- É lícito, porém, ao contribuinte pedir ao Judiciário, declaração de que seu crédito é compensável com determinado débito tributário. Os créditos provenientes de pagamentos indevidas, a título de contribuição para o Finsocial, são compensáveis, apenas, com valores devidos com o Cofins. (REsp n. 143.471-CE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *in* DJU de 24.11.1997);

Tributário. Compensação de créditos. Finsocial X Cofins. Possibilidade. Finsocial X PIS. Impossibilidade. Precedentes. Recurso parcialmente provido.

I - Os valores recolhidos a título de contribuição para o Finsocial, cuja exação foi considerada inconstitucional pelo STF (RE n. 150.764-1), são compensáveis diretamente pelo contribuinte com aqueles devidos a conta de Cofins, no âmbito do lançamento por homologação. Precedentes: EREsp n. 78.301-BA, 1ª Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, *in* DJU de 28.4.1997.

II - O mesmo não ocorre em relação ao PIS, visto tratar-se de exação com finalidade diversa daquela destinada ao financiamento da seguridade social.,

III - Recurso especial parcialmente provido. (REsp n. 117.798-PE, Rel. Min. Adhemar Maciel, *in* DJU de 1º.12.1997);

Tributário. Contribuição para o Finsocial (Lei n. 7.689/1988). Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins (Lei Complementar n. 70/1991).

Compensação (Lei n. 8.383/1991): Possibilidade. Finsocial e Contribuição Social sobre o Lucro - CSSL (Lei n. 7.689/1988). Compensação (Lei n. 8.383/1991). Impossibilidade. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

I - Os valores recolhidos e título de contribuição para o Finsocial, cuja exação foi considerada inconstitucional pelo STF (RE n. 150.764-1), são compensáveis diretamente pelo contribuinte com aqueles devidos a conta de Cofins, no âmbito do lançamento ou homologação. Precedente: EREsp n. 78.301-BA, Relator Ministro Ari Pargendler, 1ª Seção, julgado em 11.12.1996.

II - A IN n. 67/1992, como norma complementar prevista no art. 66, par. 4º, da Lei n. 8.383/1991, não poderia criar óbices ao instituto da compensação tributária, não previsto na lei de regência, devendo limitar-se a sua simples regulamentação.

III - Todavia, a compensação entre o Finsocial e a CSSL, não é admitida, visto que possuem fatos geradores distintos.

IV - Recurso parcialmente conhecido. (REsp n. 152.652-SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, in DJU de 15.12.1997);

Tributário. Contribuições para o Finsocial e para o Cofins. Art. 66 da Lei n. 8.383/1991. Valores compensáveis. Precedentes. Os valores excedentes, indevidamente recolhidos a título do Finsocial, são compensáveis com aqueles - da mesma espécie tributária - devidos a título de contribuição social (Cofins), assegurados a autoridade administrativa a fiscalização e o controle do procedimento.

A compensação, entretanto, não será obtida entre créditos de natureza diversa (PIS). (REsp n. 124.691-CE, Rel. Min. Hélio Mosimann, in DJU de 2.2.1998).

Finalmente, no sítio do cabimento de embargos infringentes em sede de remessa de ofício, a jurisprudência preponderante estadeou a sua impropriedade. À mão ilustrar, *inter alia*, confira-se:

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

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

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

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

4. "No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública" (Súmula n. 45 do STJ). (REsp n. 29.800-MS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *in* DJU de 15.3.1993);

I - Processual. Remessa *ex-officio*. Acórdão não unânime. Embargos infringentes. Descabimento.

III - Tributário. Imposto de Renda. Crédito decorrente de empréstimo compulsório à Eletrobrás. Indisponibilidade. Não incidência.

I - Decisão que, em primeiro grau de jurisdição, condena o Estado não é sentença, mas um projeto que o juiz apresenta ao Tribunal (CPC - art. 475, III).

II - Remessa *ex officio* não é recurso - muito menos, apelação.

III - O Acórdão que aprecia remessa *ex officio*, mesmo quando adotado por maioria, não se expõe a embargos infringentes. Contra ele, é possível a interposição imediata do recurso especial.

IV - Os créditos resultantes de empréstimo compulsório à Eletrobrás não constituem disponibilidade, para fins de imposto de renda, enquanto não forem liberados pela devedora, nos termos do DEL n. 1.521/1976, art. 3°. (REsp n. 86.473-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *in* DJU de 16.12.1996).

Nesse contexto, em que pese ressaltar o meu entendimento, submetendo-me à jurisprudência uniformizadora estadeada pela Colenda Primeira Seção, *voto provendo parcialmente o recurso* interposto pela Fazenda Nacional afirmando assim que os valores oriundos de Finsocial, no caso, são compensáveis tão-só com a Cofins, bem como estadeando o não cabimento de embargos infringentes em sede de remessa de ofício.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 402.970-RS (2002/0001249-3)

Relator: Ministro Felix Fischer

Relator para o acórdão: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Patrícia Ribas Leal Messa e outros

Recorrido: João Olímpio de Souza Filho

Advogado: Fábio Maffessoni Kury

EMENTA

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

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

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

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

IV - Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça “Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Gilson Dipp, que lavrará o acórdão”.

Votaram com Sr. Ministro Gilson Dipp os Srs. Minstros José Arnaldo da Fonseca e Laurita Vaz.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Felix Fischer e Jorge Scartezzini.

Sustentou oralmente na sessão de 12.3.2002: Dr. Caio Martins Leal (pelo recorrido).

Brasília (DF), 16 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator p/ acórdão

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: O *Estado do Rio Grande do Sul* interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal contra decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que considerou não ser cabível a interposição de embargos infringentes contra decisão proferida em sede de reexame necessário.

Alega o recorrente ofensa ao art. 530 do CPC, além de divergência jurisprudencial. Sustenta que os embargos infringentes podem ser interpostos contra decisão não unânime em reexame necessário, não obstante a lei limitar seu cabimento apenas contra apelação e ação rescisória.

Contra-razões à fl. 354.

Admitido o recurso, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Embora o art. 530 do CPC estabeleça o cabimento dos embargos infringentes apenas contra decisão por maioria em apelação e ação rescisória, entendo que, em se tratando de remessa *ex officio*, esse recurso também é cabível.

As opiniões contrárias normalmente se atêm à natureza da remessa oficial, que não constitui recurso, quanto mais apelação. Nesse sentido há alguns pronunciamentos desta Corte: REsp n. 200.071-RJ, Rel. Min. *Edson Vidigal*, 5ª Turma, DJU de 10.5.1999, p. 228; REsp n. 174.100-CE, Rel. Min. *Milton Luiz Pereira*, DJU de 29.3.1999, p. 88; REsp n. 158.000-GO, Rel. Min. *Fernando Gonçalves*, DJU de 24.8.1998, p. 113; REsp n. 86.473-PR, Rel. Min. *Humberto Gomes de Barros*, DJU de 16.12.1996, p. 50.757; e EREsp n. 168.837-RJ, Rel. Min. *Hamilton Carvalhido*, DJU de 5.3.2001.

Cumprе esclarecer que a admissibilidade dos embargos infringentes, nesses casos, não se deve, nem de longe, pelo fato de se considerar o reexame necessário uma apelação. São duas figuras distintas, a começar pelo fato de a apelação ser um recurso, o qual necessariamente pressupõe voluntariedade da parte que, inconformada com a decisão, busca sua reforma na instância superior. Já o reexame, como a própria denominação já indica – seja recurso de ofício, remessa *ex officio* ou reexame necessário – é obrigatório. É condição para que a sentença, nos casos previstos no art. 475 do CPC, transite em julgado.

Há processualistas de renome que sustentam a admissibilidade dos embargos nesses casos, tais como **NELSON NERY JUNIOR** (“Princípios Fundamentais – Teoria Geral Recursos”, RT, 1996, 3ª edição, p. 371), **SERGIO BERMUDES** (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. VII, RT, 2ª edição, 1977, p. 203), **MARCOS AFONSO BORGES** (“Embargos Infringentes”, AB Editora, 3ª edição, pp. 91-95) e **JOSÉ FREDERICO MARQUES** (“Manual de Direito Processual Civil”, vol. III, Bookseller, 1ª edição atualizada, 1997, item 604, p. 150).

Nelson Nery Junior, Marcos Afonso Borges e José Frederico Marques expõem, em síntese, que os embargos são cabíveis na remessa obrigatória porquanto esta segue o rito da apelação, revestindo-se das características desta, dentre elas a de ensejar o recurso do art. 530 do CPC.

José Frederico Marques ainda enriquece o debate com mais um detalhe, o de que na remessa há devolução plena ao juízo *ad quem* da matéria decidida, assim como na apelação, mesmo não sendo voluntária, “pelo que, contra o acórdão proferido em segundo grau, podem caber embargos infringentes” (ob. cit., nota de rodapé n. 64, p. 150).

Há ainda outro argumento, mais contundente, a confirmar a necessidade de se admitir os embargos infringentes nos julgamentos de remessa *ex officio*, *definido pelo respeitado mestre JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA* como “razões de ordem sistemática”. É uma maneira de evitar distorções na ordem recursal, evitando assim situações inusitadas e que possam vir a favorecer uma das partes. Eis o que preleciona o citado autor em seus “Comentários ao Código de Processo Civil”, volume V, Rio de Janeiro, Forense, 6ª edição, página 512:

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

A jurisprudência do extinto *Tribunal Federal de Recursos também sufragou* tal entendimento, a ponto de elaborar uma Súmula a respeito, a de número 77:

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

O *Pretório Excelso*, por intermédio de seu *Tribunal Pleno*, também se pronunciou nesse sentido no julgamento do RE n. 89.490-DF (RTJ 91/1079):

Embargos infringentes. Remessa necessária.

Cabem os embargos, quando não for unânime o julgado proferido em reexame necessário, ainda que não interposta a apelação voluntária.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

Há outras decisões do Colendo *STF* abraçando essa tese: RTJ 96/1406 e RTJ 94/801.

Por fim, deve-se ressaltar ainda a Conclusão n. 31 do Simpósio de Processo Civil realizado em Curitiba-PR na última semana de outubro de 1975, noticiada pelo eminente Ministro **SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA** em artigo publicado na Revista de Processo n. 3/142 sob o título “As Conclusões do Simpósio de Processo Civil”, e assim redigida:

31 – Cabem embargos infringentes no reexame obrigatório (art. 475).

Dessarte não há como negar a admissibilidade dos embargos infringentes na hipótese discutida, devendo-se reformar o v. acórdão reprochado.

Pelo exposto, conheço e dou provimento ao recurso.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de pedido de vista formulado em processo da relatoria do Min. Felix Fischer, onde se discute a possibilidade ou não da interposição dos embargos infringentes em acórdão, que apreciou reexame necessário, também chamado de remessa *ex officio*.

Após ler as eruditas razões do E. Relator, no sentido do cabimento dos infringentes, ocasião em que Sua Excelência robustece o seu arrazoado com as lições de: Nelson Nery Junior, Sérgio Bermudes, Marcos Afonso Borges, José Frederico Marques e José Carlos Barbosa Moreira, forçoso reconhecer o brilhantismo da tese. Realmente é sedutora. Todavia, divirjo do E. Relator,

para entender que não são cabíveis os embargos infringentes no reexame necessário, por razões singelas, dentre elas, a de maior relevo é a total distinção entre apelação e o reexame necessário. A primeira é recurso, propriamente dito, reveste-se da voluntariedade ao ser interposta, enquanto o segundo é mero “complemento ao julgado” ou, caso prefiram, medida acautelatória para evitar um desgaste culposo ou doloso do erário público ou da coisa pública.

Por óbvio, que o legislador soube entender que o privilégio dos entes públicos têm limites, sendo defeso dar ao artigo 530 do Código de Processo Civil um elastério que a lei não ousou dar, qual seja, *só são cabíveis os embargos infringentes contra acórdãos em apelação ou ação rescisória*. Esta é a letra da lei. Seu raciocínio se explica pela sapiência do legislador, ao não albergar o reexame necessário.

Aliás, este tema já foi alvo de amplos debates nesta Eg. Quinta Turma, bem como na Terceira Seção. Vale lembrar, que em um *julgado isolado* desta Turma, qual seja, o Recurso Especial n. 168.837-RJ, onde funcionou como Relator o E. Min. Felix Fischer, esta Eg. Turma entendeu ser possível a interposição dos embargos infringentes na remessa *ex officio*. O acórdão restou publicado aos 8 de março de 1999. Todavia, contra o aludido acórdão foram interpostos os respectivos embargos de divergência, momento em que a Terceira Seção, por maioria, aos 8 de novembro de 2000, espancou a tese, vencidos os Ministros Felix Fischer e Jorge Scartezzini. A ementa sumariou o julgado aos exatos termos:

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

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

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

3. Inaplicabilidade da Súmula n. 77-TFR.

4. Embargos de divergência acolhidos. (REsp n. 168.837-RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, D.J. de 5.3.2001).

Secundando o mesmo posicionamento, seguem os seguintes arestos:

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

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

2. Agravo Regimental conhecido e não provido. (AGA n. 185.889-RS, Rel. Min. Edson Vidigal, D.J. de 1º.8.2000).

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

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

2 - Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 226.053-PI, Rel. Min. Fernando Gonçalves, D.J. de 29.11.1999).

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

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

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

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

4. "No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta a Fazenda Pública" (Sumula n. 45 do STJ). (REsp n. 29.800-MS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, D.J. de 15.3.1993).

Ante todo o exposto, divirjo do Relator para não conhecer do recurso, mantendo a higidez do v. acórdão hostilizado.

É como voto.



VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: No presente recurso especial interposto pelo Estado do Rio grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça da mesma

unidade federativa e que considerou não ser cabível a oposição de embargos infringentes contra decisão proferida em sede de remessa *ex officio*, o eminente Ministro Relator, Felix Fischer, entendeu em sentido contrário, seguindo a orientação por ele adotada em anterior precedente da Turma - no Recurso Especial n. 168.837-RJ.

Em pedido de vista do recurso, o eminente Ministro Gilson Dipp divergiu do entendimento exposto, ressaltando que contra o referido acórdão foram opostos embargos de divergência, oportunidade em que a Terceira Seção, embora por maioria de votos, afastou a tese do Min. Felix Fischer, firmando o entendimento de que não são cabíveis os embargos infringentes contra acórdão proferido em sede de remessa *ex officio*, porquanto o Tribunal quando a aprecia não decide apelação, apenas complementa o ato complexo que se iniciou com a decisão contrária ao Estado.

É importante ressaltar que, após o julgamento do citado precedente pela 3ª Seção, esta Colenda Quinta Turma, em sua atual composição, adotou o mesmo entendimento, por unanimidade de votos, como se verídica da ementa do julgado a seguir transcrita:

EMENTA: Processual Civil. Recurso especial. Embargos infringentes. Reexame necessário. Cabimento. Art. 530, do CPC. Matéria pacificada pela 3ª Seção.

1 - A 3ª Seção deste Tribunal Superior de Uniformização decidiu que o “duplo grau de jurisdição obrigatório não é recurso e tem o seu estatuto processual próprio, que em nada se relaciona com o recurso voluntário de apelação, daí porque não se aplica àquele as normas referentes ao apelo, notadamente quanto à possibilidade de oposição de embargos infringentes, à ausência de previsão legal.” (REsp n. 168.837-RJ).

2 - Ressalvada, no entanto, a posição pessoal do Relator que, na esteira de inúmeros processualistas (Barbosa Moreira, Frederico Marques, Agrícola Barbi, Greco Filho e Nelson Nery Júnior) entende pelo cabimento dos Embargos Infringentes na Remessa Oficial, que somente pela forma, equipara-se ao Recurso Voluntário.

3 - Recurso conhecido, porém, desprovido.

(REsp n. 511.830-RS, rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 13.10.2003, p. 00430).

Ante o exposto, peço vênha ao ilustre Ministro Relator, para acompanhar o posicionamento divergente esposado pelo Min. *Gilson Dipp*, razão pela qual, *não conheço* do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 511.830-RS (2003/0027599-2)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Neusa Maria Franco Mendes
Advogado: Tânia Maria Pimentel
Recorrido: Município de Lagoa Vermelha
Advogado: Luis Filipe Zonta e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Embargos infringentes. Reexame necessário. Cabimento. Art. 530, do CPC. Matéria pacificada pela 3ª Seção.

I - A 3ª Seção deste Tribunal Superior de Uniformização decidiu que o “duplo grau de jurisdição obrigatório não é recurso e tem o seu estatuto processual próprio, que em nada se relaciona com o recurso voluntário de apelação, daí porque não se aplica àquele as normas referentes ao apelo, notadamente quanto à possibilidade de oposição de embargos infringentes, à ausência de previsão legal.” (EREsp n. 168.837-RJ).

2 - Ressalvada, no entanto, a posição pessoal do Relator que, na esteira de inúmeros processualistas (Barbosa Moreira, Frederico Marques, Agrícola Barbi, Greco Filho e Nelson Nery Júnior) entende pelo cabimento dos Embargos Infringentes na Remessa Oficial, que somente pela forma, equipara-se ao Recurso Voluntário.

3 - Recurso conhecido, porém, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília (DF), 5 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ 13.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de Recurso Especial em Embargos Infringentes em Apelação Cível, interposto por *Neusa Maria Franco Mendes*, com fundamento no artigo 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fls. 139, prolatado pelo Segundo Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, por maioria, não conheceu dos embargos infringentes. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, *verbis*:

Embargos infringentes com base em voto vencido prolatado em reexame necessário. Descabimento. Interpretação do art. 530 do CPC.

Embargos não conhecidos.

Voto vencido.

Alega a recorrente, na via do especial, em síntese, que o v. aresto guerreado afrontou o art. 530, do CPC, quando decidiu pelo não conhecimento dos embargos infringentes ao fundamento de que não se conhece de referido recurso quando o julgamento não unânime se der em reexame necessário (fls. 147-156 - fax e 164-173 - originais).

Contra-Razões apresentadas às fls. 181-186.

Admitido o recurso às fls. 195-197, subiram os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido, porém, desprovido.

Alega o recorrente, com fundamento no art. 105, III, **a** da Constituição Federal, que o v. acórdão recorrido, ao entender incabíveis embargos infringentes

de decisão não unânime proferida em sede de reexame necessário, violou o art. 530, do Código de Processo Civil. Estando a matéria devidamente prequestionada, afasto a incidência da Súmula n. 356, do STF, *para conhecer do recurso, pela alínea a, do permissivo constitucional*.

Passo a seu exame.

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

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

A matéria já foi objeto de apreciação por esta Corte, quando do julgamento do EREsp n. 168.837-RJ, onde proferi voto-vista, nos seguintes termos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Todavia, ressalvado meu ponto de vista supra explanado e tendo restado vencido, por ser este um Tribunal Superior de Uniformização, curvo-me ao entendimento da Egrégia 3ª Seção.

O julgado restou, desta forma, assim ementado:

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

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

2. As normas do reexame necessário, pela sua afinidade com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente, em obséquio dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, até porque, ao

menor desaviso, submeter-se-á o processo a tempos sociais prescritivos ou a aprofundamentos intoleráveis de privilégios, denegatórios do direito à tutela jurisdicional.

3. Inaplicabilidade da Súmula n. 77-TFR.

4. Embargos de divergência acolhidos. (REsp n. 168.837-RJ, Rel. Ministro *Hamilton Carvalho*, DJU de 5.3.2001).

Por tais fundamentos, *conheço do recurso, porém, nego-lhe provimento.*

É como voto.