



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13652.000113/99-78
Recurso nº 320.655 Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-00.465 – 3ª Turma
Sessão de 18 de novembro de 2009
Matéria OUTROS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado EXPORTADORA DE CAFÉ GUAXUPÉ LTDA.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

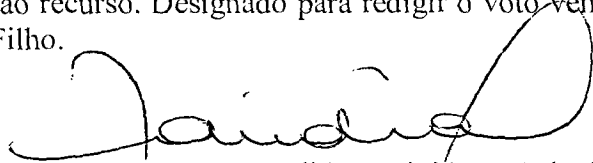
Período de apuração: 01/10/1988 a 31/05/1990

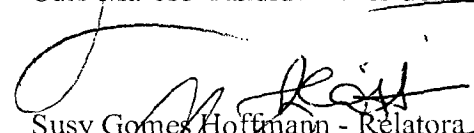
A exceção consagrada no § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil condiciona a observância concomitante de dois pressupostos, a saber: que a questão controvertida seja apenas de direito e que a sentença terminativa tenha sido proferida quando a causa já estava madura.

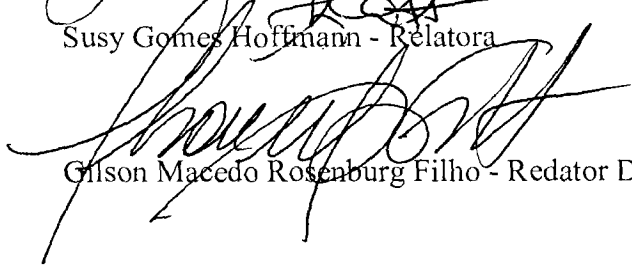
Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em anular o processo a partir do acórdão recorrido. Vencidos os Conselheiros Nanci Gama, Susy Gomes Hoffmann (Relatora), Rodrigo Cardozo Miranda e Maria Teresa Martínez López, que negavam provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho.


Caio Marcos Cândido - Présidente Substituto


Susy Gomes Hoffmann - Relatora


Gilson Macedo Rosenberg Filho - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Judith do Amaral Marcondes Armando, Susy Gomes Hoffmann, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Rodrigo Cardozo Miranda, José Adão Vitorino de Moraes, Maria Teresa Martínez López, Leonardo Siade Manzan e Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

Trata o presente de Recurso Especial por maioria, interposto pela União, por meio do seu Procurador, alegando que a decisão proferida pela 2ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, no Acórdão nº 302-34812, contraria a legislação tributária, no que concerne ao provimento do recurso voluntário do contribuinte, que lhe reconheceu o direito a restituição dos valores pagos a título de quota de contribuição de café.

Cuida-se de pedido de restituição, fls. 01, no valor de R\$ 97.361.499,05 (atualizado até junho/99), protocolado em 30 de junho de 1999, relativo a recolhimentos da quota de contribuição sobre exportação de café, do período de outubro/88 a maio/90.

A Delegacia da Receita Federal em Poços de Caldas/MG proferiu despacho decisório (fls.829/830) indeferindo o pedido de restituição, tendo em vista que “não havendo receita a anular, a restituição das rendas extintas será efetuada com os recursos das dotações consignadas no Orçamento da Despesa da União.”

O contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls. 832/841) aduzindo em síntese que:

1. A quota de contribuição devida nas exportações de café foi reinstituída por meio do Decreto-lei 2295/86, que delegou ao Presidente do IBC a sua instituição;
2. Referida quota indiscutivelmente era uma contribuição de intervenção no domínio econômico de inegável natureza tributária;
3. Sendo assim, deveria obedecer aos princípios constitucionais atinentes aos tributos, especialmente o da legalidade;
4. O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, julgou inconstitucional a contribuição da quota do café por ato do Presidente do IBC (RE nº 191.044-5/SP);
5. Este entendimento foi confirmado por diversos outros julgados, tratando-se de jurisprudência mansa e pacífica, não mais passível de alteração;
6. A administração de tal contribuição é da competência da Secretaria da Receita Federal, de acordo com a Portaria Interministerial nº 183/80 e IN SRF 73/87 e 12/90. Da mesma forma que a competência para apreciar pedidos de restituição de tributos administrados pela SRF é da Delegacia da Receita Federal do domicílio fiscal do contribuinte;
7. “As normas de direito financeiro, como cediço, não vinculam os contribuintes, sequer se dirigem aos mesmos, jamais, portanto, poderiam

destinar-se a estabelecer regra de competência para apreciação de pedido de restituição de tributo indevidamente pago.”

8. Não há que se alegar decadência no presente caso, posto que o parecer COSIT nº. 58/98 assim dispõe: “Para que se possa cogitar de decadência, é mister que o direito seja exercitável; que, no caso, o crédito (restituição) seja exigível. Assim, antes de a lei ser declarada inconstitucional não há que se falar em pagamento indevido, pois, até então, por presunção, cram a lei inconstitucional e os pagamentos efetuados efetivamente devidos”;
9. Como a matéria já se encontra definitivamente solucionada pela Suprema Corte, a autoridade administrativa não só pode, como deve dar cumprimento à decisão, conforme dispõe o Parecer PGFN-CRE nº 948/98;
10. Requer ao final, o provimento da manifestação e o deferimento do pedido de restituição.

Em acórdão proferido às fls. 843/848, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Juiz de Fora/MG julgou improcedente a manifestação de inconformidade, sob o argumento de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade obtida pelo controle difuso restringem-se apenas aos participantes da ação judicial e somente produzirá efeitos em relação a terceiros após resolução do Senado suspendendo a execução da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional, ou de ato específico do Secretário da Receita Federal, no âmbito de sua competência, com tal finalidade (Lei nº. 9.430/96, art. 77 e Decreto nº. 2.346/97).

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 852/865) reiterando praticamente todos os argumentos aduzidos na manifestação de inconformidade, acrescentando que o Decreto 2346/97 estabelece em seu art. 1º que “as decisões do STF que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta”.

Em sessão realizada no dia 06/06/2001, pela Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por meio do voto do Ilustre Conselheiro Helio Fernando Rodrigues Silva, foi dado provimento ao Recurso Voluntário por maioria de votos, tendo o julgamento a seguinte ementa:

“COTA DE CONTRIBUIÇÃO AO IBC. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO JULGAR PEDIDO DE RESTITUIÇÃO FORMULADO COM BASE EM DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELA VIA INDIRETA. Tendo o Superior Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade de lei por via indireta (controle difuso), esta perde sua presunção de constitucionalidade. E sendo assim, os órgãos de julgamento da Administração, responsáveis pelo controle da legalidade dos atos da própria Administração, devem apreciar pedidos de restituição de valores de tributos pagos em razão de lei declarada inconstitucional, ainda que pela via indireta.”



Entenderam os ilustres Conselheiros que a promulgação da Constituição de 88 tornou inconstitucional a exigência de recolhimento da cota de contribuição do café e, conseqüentemente, indevido o pagamento após 05 de outubro de 1988.

Em Declaração de Voto às fls. 875/884, a ilustre Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo expôs suas considerações em síntese, no seguinte sentido:

De acordo com o inciso X do art. 52 da CF, compete ao Senado Federal suspender no todo ou em parte a aplicação de determinada norma inconstitucional, após manifestação do Supremo tribunal Federal;

O art. 77 prevê hipóteses em que o Poder Executivo pode deixar de aplicar dispositivo declarado inconstitucional pelo STF, contudo, apenas nos casos em que o crédito ainda não tenha sido constituído;

Relativamente ao controle difuso de constitucionalidade, o Poder Executivo somente está autorizado a declarar a inconstitucionalidade após a suspensão da norma por ato do Senado Federal, conforme dispõe o parágrafo 2º do art. 1º do Decreto 2.346/97;

“No caso em questão, em se tratando de pedido de restituição, o crédito tributário já foi definitivamente constituído na esfera administrativa, tendo sido inclusive extinto pelo pagamento (art. 156, inciso I, do CTN), razão pela qual não pode este Conselho de Contribuintes afastar a aplicação do Decreto-lei nº 2.295/86. Tal procedimento seria exorbitar da competência que lhe foi atribuída pelo parágrafo único, do art. 4º, do Decreto nº 2.346/97.”;

O fato de o Recurso Extraordinário da União não ter sido conhecido pelo Supremo, demonstra que a questão não teve o mérito analisado, apenas o aspecto formal, ou seja, a decisão fez coisa julgada apenas no TRF, que entendeu a exigência da contribuição como incompatível com a Constituição;

Assim, em atenção ao princípio da segurança jurídica, seria necessária a análise definitiva de mérito pelo STF, bem como a declaração de suspensão da norma pelo Senado, devendo ser negado provimento ao presente recurso.

Já na Declaração de Voto do Ilustre Conselheiro Paulo Roberto Cuco Antunes (fls. 885/891) - que teve como base o quanto decido no Recurso 120.653 de relatoria do Conselheiro Zenaldo Loibman - verificam-se as seguintes considerações:

Que ao não conhecer do Recurso Extraordinário da União, o STF decidiu de forma inequívoca sobre a matéria, devendo ao Conselho de Contribuinte, aplicar o entendimento da Corte Suprema;

Quanto à decadência, para o contribuinte que fora parte na ação em que resultou a declaração incidental de inconstitucionalidade teria direito a restituição a partir do trânsito em julgado da decisão, enquanto que os demais contribuintes, poderiam pleitear após a declaração de efeito erga omnes;



Por fim, o Ilustre Conselheiro afirma que após análise dos autos, pactua do entendimento do Conselheiro-Relator, no sentido de dar provimento ao recurso.

No voto condutor (fls. 874), ficou assim decidido, em sua parte final:

Sendo assim, feito o necessário nivelamento do caminho que traz à apreciação do mérito da lide entregue a exame deste Colegiado, digo que se o subsistema tributário constitucional, trazido pela ordem jurídica instituída com a promulgação da Constituição Federal de 1988, exige, por força do princípio da legalidade, expresso pelo art. 150, I, daquela mesma Constituição, que os tributos sejam instituídos por lei, lei ordinária, não há que se falar em novação de lei ou Decreto-lei, no caso específico o Decreto-lei n. 2.295/86, que transfere ao Executivo a competência para alterar alíquota de tributo que não aqueles que a Constituição, expressamente, possibilitou ao Executivo alterar (impostos de importação, exportação, IOF e IPI) já que a 'instituição' de tributo inclui também de sua alíquota.

Não tendo sido novado o Decreto-lei n. 2.295/86 que instituiu a Quota de Contribuição ao Instituto Brasileiro do Café – IBC, inconstitucional sua exigência a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, e, por via de consequência, indevido o pagamento dos valores referentes à citada quota de contribuição, efetuados pela Recorrente após 5 de outubro de 1988.

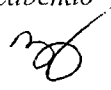
Em face de todo o exposto, dou provimento ao Recurso, determinando que os valores referentes à QUOTA DE CONTRIBUIÇÃO AO INSTITUTO BRASILEIRO DO CAFÉ – IBC, constantes dos DARF anexados às fls. 136/824, pagos devidamente entre outubro de 1988 a maio de 1990, sejam restituídos à Recorrente, atualizados e corrigidos na forma da lei.

A União Federal, por sua Procuradora, opôs Embargos de Declaração contra o acórdão (fls. 893/899), alegando a existência de duas omissões, quais sejam, i) omissão com relação à supressão de instância e; ii) omissão quanto ao fato de verificar se o valor pleiteado é devido ou não.

Em despacho de fls. 901/905, o Conselheiro Luis Antonio Flora declarou improcedentes os Embargos opostos pela Fazenda Nacional, sob os seguintes fundamentos:

Não procede a alegação de supressão de instância, posto que “quando nos autos de determinado processo versar o seu objeto sobre matéria exclusivamente de direito, e ele estiver sob a análise da autoridade de hierarquia superior (efeito devolutivo), não há que se falar em supressão de instância. Afinal, quem pode o mais, pode o menos.”

Quanto a alegada omissão relativa ao valor da restituição, afirma o Conselheiro que compete ao Conselho de Contribuintes “julgar o direito (não o valor)”. Cabendo à fiscalização



verificar a prova documental juntada pelo contribuinte (DARF's) e aplicar a matemática da lei.

A União Federal apresentou Recurso Especial (fls. 907/923) requerendo a reforma da decisão, argumentando em síntese que:

É de competência do Senado Federal, suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, conforme determina o art. 52, X da CF;

O art. 77 do Decreto nº 2346/97 estabeleceu procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal relativamente às decisões proferidas pelo Supremo quanto à inconstitucionalidade de lei, e apenas autoriza aplicação após decisão do Senado Federal;

Não ficou cabalmente demonstrado que a decisão proferida pelo STF tenha feito coisa julgada, pela falta de manifestação do Senado;

Reafirma a questão de Supressão de Instância, posto que não houve qualquer pronunciamento relativo aos valores apontados pelo contribuinte que apresentou planilha cujos pedidos somam a quantia de R\$ 97.361.499,05.

Contra-razões pelo contribuinte às fls. 930/958.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheira Susy Gomes Hoffmann, Relatora

Preliminarmente se faz necessário analisar a admissibilidade do Recurso Especial nas duas questões levantadas: possibilidade de análise de constitucionalidade de dispositivo legal e a questão da supressão da instância.

No que se refere à questão da admissibilidade para o tema da constitucionalidade, há que se considerar que uma vez que a Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes teria julgado sobre a constitucionalidade da lei, entendo a questão totalmente superada pela expedição de Resolução do Senado Federal afastando o referido dispositivo legal do sistema positivo.

Pois bem. Em razão do tema já ter sido tratado pelo Supremo Tribunal Federal que julgou pela inconstitucionalidade da contribuição objeto do pedido de restituição, a 2ª. Câmara do 3º. Conselho de Contribuintes entendeu que não era o caso de julgar sobre a constitucionalidade da lei, mas aplicar o julgamento do STF, que, inclusive, depois foi convalidado pelo Senado Federal e pela própria União Federal que em Medida Provisória acatou a inconstitucionalidade da exação.

Inclusive, o próprio Regimento do Conselho de Contribuintes prevê que:



Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Por estas razões não conheço do Recurso Especial por não se tratar mais de contrariedade à lei.

Resta enfrentar a questão da supressão da instância. Ocorre que, para esta questão da supressão de instância não há indicação expressa de violação à lei ou à evidência das provas. Os termos do Recurso, neste item são os seguintes:

'Relevante também é o tema da SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA já enfrentado em sede de embargos de declaração, mormente quando se trata de vultosa quantia que a empresa interessada pretende ter restituída, como é o caso sob destreame.

Deferir automaticamente o pedido de restituição, sem fazer qualquer ressalva no sentido de que cabe à autoridade aferir a autenticidade e veracidade dos dados contidos nos documentos de arrecadação, pode resultar prejuízo irreparável para a Fazenda Pública, além de ferir os princípios do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa.

São pedidos R\$ 97.361.499,05 (-) de restituição, não se tendo, nos autos, nenhuma discussão ou pronunciamento acerca da planilha da empresa interessada, ou seja: não se sabe como se chegou a esta vultosa quantia, que juros foram aplicados, se foram, aplicados expurgos inflacionários, dentre outros aspectos.'

Contudo, não posso deixar de admitir o Recurso, apesar da brevidade das alegações da Procuradoria, pois apesar desta brevidade há a alegação da violação ao princípio do devido processo legal.

Não há como deixar de admitir o Recurso em vista da evidente possível violação ao princípio do devido processo legal.

A supressão da instância requerida foi tão somente para a verificação da exatidão dos valores, de tal maneira que deixo de fazer qualquer consideração sobre a decadência/prescrição.

No que tange à admissibilidade do Recurso sob a alegação da ocorrência da supressão de instância sobre a veracidade e autenticidade dos pagamentos e da indicação dos índices de correção, conheço do Recurso para verificar se foi ferido o princípio do devido processo legal.

Assim, passo a analisar se houve a supressão de instância.



A supressão de instância ocorre quando a instância superior examina e julga matéria que não foi objeto de análise por parte da instância inferior. Restaria ferido, é o que se poderia alegar, o princípio do devido processo legal, contraditório ou ampla defesa.

No entanto, diversos fatores e fundamentos levam à conclusão de que, em certos casos (como o narrado), não se pode concluir pela irregularidade da atuação da instância superior.

Eis alguns desses fundamentos:

A supressão de instância, caracterizada, em tese, como uma irregularidade, não poderia se sobrepor a princípios que, atualmente, regem o processo, tomado não como um fim em si mesmo, mas como instrumento de tutela e garantia do direito material.

De fato, são princípios que nos permitem chegar a uma tal conclusão: o da efetividade do processo, da economia e celeridade processual e, especialmente, o princípio da instrumentalidade das formas.

Obviamente que, para a análise do mérito do processo pelo órgão superior, devem estar presentes algumas condições, como tratar-se apenas de questão de direito, ou de direito e de fato, não havendo necessidade de dilação probatória, e desde que a causa esteja madura para julgamento.

Por outro lado, o próprio ordenamento jurídico brasileiro prevê situações em que o duplo grau de jurisdição tem seus contornos abrandados em face de princípios mais relevantes, como os acima citados.

Tome-se como principal exemplo o disposto no art. 515, § 3º, do CPC, no sentido de que “nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

Fazendo uma interpretação teleológica, há autores que defendem que o julgamento por parte do tribunal, naquelas condições, também pode ocorrer em se tratando de matéria de fato, mas desde que não haja necessidade de mais dilação probatória, ou seja, quando a causa estiver “madura”.

Outro exemplo é o que se dá no caso do art. 517 do CPC, que tem o seguinte teor: “as questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”. Assim, surgindo fato novo, o tribunal pode julgar a questão sem ter que submetê-la ao órgão inferior.

Pode-se mencionar, ainda, as questões de ordem pública, que devem ser analisadas em qualquer grau de jurisdição, independentemente se o órgão inferior manifestou-se ou não sobre o ponto.

Finalmente, não se pode desconsiderar um fundamento de ordem pragmática e lógica, mas que em tudo se relaciona com os princípios constitucionais do processo, especialmente o princípio da economia processual e da duração razoável do processo: não haveria razão de se remeter o processo para a instância inferior de julgamento, quando, no final das contas, em sede de recurso, o que termina por prevalecer é o entendimento do órgão superior.

Veja o entendimento do STJ em caso similar:



RECURSO ESPECIAL Nº 726.934 - RJ (2005/0027665-8)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

RECORRENTE : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR : RODRIGO RAMOS LOUREGA DE
MENEZES E OUTRO(S)

RECORRIDO : NEY DE SOUZA PEREIRA

ADVOGADO : DAUTO RODRIGUES MOURA JUNIOR E
OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
(Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo Município do Rio de Janeiro, com fundamento na alínea "a" do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, cuja ementa é a seguinte (fls. 352):

TRIBUTÁRIO - IPTU E TCLLP - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA COBRANÇA DOS TRIBUTOS PELA MUNICIPALIDADE - INESPECIFICIDADE E INDIVISIBILIDADE DA TIP REPETIÇÃO DE INDÉBITO IMPROCEDÊNCIA AFIRMADA AO PEDIDO AUTORAL INCONFORMISMO DOS AUTORES VENCIDOS – RECURSO PARCIALMENTE ACOLHIDO -DECISÃO REFORMADA. O direito pretoriano pátrio já assentou direito quanto a impossibilidade da cobrança de alíquotas progressivas do IPTU pela Municipalidade, bem como, já fez firmar a contrário senso da especificidade e divisibilidade da TCLLP admitindo, assim, pela regularidade de sua cobrança conquanto sua base de cálculo não implica em plena identidade com a do IPTU, mas sim, em função da metragem do imóvel construído. Por outro verificado tratar-se a TIP de natureza " ut universi" como serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser atribuído a determinado contribuinte, verifica-se que sua exação em relação ao contribuinte é inviável.

Em suas razões, a parte recorrente alega violação aos art.s 458 e 535 do CPC; ao art. 167, parágrafo único, do CTN e ao art. 27 da Lei nº 9.868/99. Sustenta que "mesmo reconhecida a inconstitucionalidade da cobrança do IPTU pelo Município do Rio de Janeiro - o que se faz apenas por força do entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal - deverá ser julgado improcedente o pedido de repetição dos indêbitos, uma vez que a declaração de invalidade da lei local somente poderia produzir efeitos ex nunc: a partir de 1999, quando foi declarada inconstitucional pelo STF pela primeira vez" (fls. 424).

Aduz que houve omissão do acórdão acerca do termo inicial dos juros de mora, que não foi sanada mesmo após a interposição



dos embargos de declaração. Requer aplicação do art. 167 do CTN e da Súmula 188/STJ.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 726.934 - RJ (2005/0027665-8)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IPTU, TCLLP E TIP. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO CONFIGURADA. DESNECESSIDADE DO RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. QUESTÃO

EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. MATÉRIA PACIFICADA. INOCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TERMO INICIAL DO JUROS DE MORA. ART. 167, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. SÚMULA 188/STJ. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TRIBUTO. PRETENSÃO DE OBTER EFEITOS EX NUNC. MATÉRIA PACIFICADA.

1. A questão acerca do termo inicial da incidência dos juros de mora não foi prequestionada no acórdão recorrido, mesmo após a manifestação dos embargos de declaração. Essa hipótese, por si só, viola o art. 535 do CPC, uma vez que o magistrado deveria se manifestar acerca de questão imprescindível ao deslinde da controvérsia. Com efeito, em se tratando de prestação jurisdicional incompleta, os autos deveriam retornar à origem para que, por meio de novo julgamento, fossem reexaminadas as alegações levantadas nos embargos de declaração.

2. Todavia, despiendo o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que esse se manifeste acerca do termo inicial dos juros de mora (Súmula 188/STJ), questão pacificada nesta Corte.

3. No caso dos autos, não há impedimento a que este Tribunal Superior aprecie o mérito da controvérsia, que versa sobre matéria eminentemente de direito, evitando determinar o retorno dos autos à origem, em respeito aos princípios da efetividade do processo, da celeridade e da economia processual, não havendo, dessa forma, que se falar em supressão de instância.

4. Nas ações de repetição de indébito, os juros moratórios são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença. Inteligência da Súmula n.188/STJ.

5. Quanto à questão referente aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a serem aplicados às normas que autorizavam a cobrança do IPTU, da TIP e da TCLLP, a jurisprudência da Seção de Direito Público do STJ sedimentou-se no sentido de que devem ser retroativos - ex tunc, consoante entendimento reiterado do STF.

6. Recurso especial parcialmente provido

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
(Relator):

Verifico que a questão acerca do termo inicial da incidência dos juros de mora não foi prequestionada no acórdão recorrido, mesmo após a manifestação dos embargos de declaração. Essa hipótese, por si só, viola o art. 535 do CPC, uma vez que o magistrado deveria se manifestar acerca de questão imprescindível ao deslinde da controvérsia.

Com efeito, em se tratando de prestação jurisdicional incompleta, os autos deveriam retornar à origem para que, por meio de novo julgamento, fossem reexaminadas as alegações levantadas nos embargos de declaração.

Porém, despiciendo seria o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que este se manifeste acerca do termo inicial dos juros de mora, questão por demais pacificada nesta Corte.

Estabelece o §3º do art. 515 do CPC a possibilidade do Tribunal julgar, desde logo, as questões de direito discutidas no processo, desde que estejam em condições de imediato julgamento, ainda que não tenham sido apreciadas em sua íntegra pela instância de origem.

No caso dos autos, não há impedimento a que esta Corte aprecie o mérito da controvérsia, que versa sobre matéria eminentemente de direito, evitando determinar o retorno dos autos à origem, em respeito aos princípios da efetividade do processo, da celeridade e da economia processual.

O que se busca com tal medida é a aceleração do resultado do processo, já que ao mesmo fim se chegaria se esta Corte Superior determinasse a baixa dos autos ao Tribunal de origem, vindo após os autos novamente, para que então se pronunciasse acerca do objeto do processo. Dessa forma, tal sistemática encontra-se de pleno acordo com os valores mais relevantes do direito processual moderno, não havendo a supressão de instância.

O retorno dos autos ao Juízo de origem não se justifica, tendo em vista que perderia mais tempo na solução da lide, fazendo com que a prestação jurisdicional se perpetuasse, desnecessariamente, por mais alguns anos.

Seguindo esta orientação:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. CRUZADOS BLOQUEADOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. BTNF. CARÊNCIA DA AÇÃO AFASTADA. APRECIÇÃO DO MÉRITO. ART. 515, § 3º, DO CPC.

I. Não há omissão do julgado se o Tribunal a quo aprecia suficientemente todas as questões postas em discussão nos autos para formação do seu convencimento.



2. É cabível a discussão, em sede de mandado de segurança, sobre a determinação do índice aplicável à correção dos cruzados novos bloqueados em cadernetas de poupança, por ocasião do Plano Collor.

3. Aplica-se o BTNF como índice de correção monetária dos saldos de cruzados novos bloqueados, a teor do disposto no art. 6º, § 2º, da Lei 8.024/90 (ERESP 169.940/SC, Corte Especial).

4. Afastada a carência da ação pela inadequação da via eleita, não há empecilo a que esta Corte aprecie o mérito da controvérsia, que versa sobre matéria eminentemente de direito (cálculo da correção das cadernetas de poupança das contas à disposição do BACEN), evitando determinar o retorno dos autos à origem, em respeito aos princípios da efetividade do processo e da economia processual, conforme previsão do § 3º, art. 515, do CPC, acrescentado pela Lei 10.352/2001, que possibilita ao Tribunal julgar, desde logo, todas as questões de direito discutidas no processo, ainda que não tenha sido apreciada em sua íntegra pela instância de origem.

5. Recurso especial desprovido. (REsp 523.904/SP, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ 25.2.2004.)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO ACÓRDÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRESCRIÇÃO DECRETADA EM 1º GRAU E CONFIRMADA NO 2º. AFASTAMENTO NESTA INSTÂNCIA, COM O JULGAMENTO DO MÉRITO. APRECIÇÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS DE MORA E ÔNUS SUCUMBENCIAIS. QUESTÕES EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. INOCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APLICAÇÃO DOS ARTS. 515 E §§, E 516, DO CPC. PRECEDENTES.

1. Não indicação, pelo recorrente na petição dos embargos, de quaisquer omissão, contradição, obscuridade ou dúvida. Pretensão, unicamente, de que a matéria seja reexaminada, com o retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau. Inocorrência dos pressupostos exigidos pelos art. 535, I e II, c/c a parte final do art. 536, do CPC.

2. O art. 515 e seus §§, do CPC, estatuem que além de a apelação devolver ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, também serão objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no decorrer processual, mesmo que a sentença não as tenha examinado ou julgado na íntegra. Se o processo for extinto, sem julgamento do mérito, poderá o Tribunal julgar, desde logo, a lide, conquanto que a causa trate de questões exclusivamente de direito e estiver em plenas condições de julgamento imediato.

3. In casu, , apesar de o feito ter sido extinto com julgamento do mérito (acolhimento da prescrição), aplica-se o entendimento supra, visto que nada foi decidido com relação ao mérito da demanda e o mesmo envolve, unicamente, questão de direito (repetição de indébito – contribuição previdenciária - em face de legislação declarada inconstitucional), por demais pacífica nesta

6

Corte de Justiça, encontrando-se, ademais, nos autos todos os requisitos necessários ao seu julgamento imediato.

4. O retorno dos autos ao Juízo de origem causaria danos irreparáveis à parte autora, tendo em vista que perderia um tempo enorme na solução da lide, ainda mais em contenda que já foi por deveras examinada pelo Poder Judiciário. Tal atitude iria de encontro aos princípios da economia e celeridade processuais, fazendo com que a tal decantada entrega da prestação jurisdicional se perpetuasse ao longo dos anos, desnecessariamente.

5. Questões como a correção monetária, os juros de mora e a condenação nos ônus sucumbenciais (honorários advocatícios e custas) são temas que não precisam ser pedidos pelas partes, pois devem ser, obrigatoriamente, apreciados e concedidos, se devidos, pelo Magistrado no seu mister.

6. Inexistência de supressão de instância, em face da permissibilidade outorgada pelos arts. 515 e §§, e 516, do CPC.

7. Precedentes das 1ª, 2ª e 3ª Turmas deste Tribunal Superior.

8. Embargos rejeitados. (EDcl nos EDcl no REsp 461643/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 31.3.2003)

PROCESSO CIVIL. PRESCRIÇÃO AFASTADA NO 2º GRAU. EXAME DAS DEMAIS QUESTÕES NO MESMO JULGAMENTO. POSSIBILIDADE, DESDE SUFICIENTEMENTE DEBATIDA E INSTRUÍDA A CAUSA. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL. EXEGESE DO ART. 515, CAPUT, CPC. PRECEDENTES DO TRIBUNAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEI N. 10.352/2001. INTRODUÇÃO DO § 3º DO ART. 515. EMBARGOS REJEITADOS.

I - Reformando o tribunal a sentença que acolhera a preliminar de prescrição, não pode o mesmo ingressar no mérito propriamente dito, salvo quando suficientemente debatida e instruída a causa.

II - Nesse caso, encontrando-se "madura" a causa, é permitido ao órgão ad quem adentrar o mérito da controvérsia, julgando as demais questões, ainda que não apreciadas diretamente em primeiro grau.

II - Nos termos do § 3º do art. 515, CPC, introduzido pela Lei n. 10.352/2001, "o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento". (ERESP 89.240/RJ, Corte Especial, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 10.03.2003)

APELAÇÃO. Prescrição. Mérito da causa. Âmbito do julgamento do segundo grau. Afastada a prescrição aceita no primeiro grau, o Tribunal deve julgar o mérito da causa, se em



condições de ser apreciado. Art. 515 do CPC. Embargos acolhidos e providos. (ERESP 299.246/PE, Corte Especial, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 20.05.2002)

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS "A" E "C" - PIS - COMPENSAÇÃO - AÇÃO CAUTELAR - SENTENÇA QUE DECRETOU A EXTINÇÃO POR FALTA DE INTERESSE - ACÓRDÃO DA APELAÇÃO QUE AFASTA A CARÊNCIA DE AÇÃO E AVANÇA DO EXAME DE MÉRITO - POSSIBILIDADE - INSTRUMENTALIDADE E EFETIVIDADE DO PROCESSO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 515 DO CPC - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL SUPERADA.

A Corte de origem, ao apreciar a apelação da contribuinte, afastou o decreto de carência de ação por falta de interesse processual e apreciou o mérito da questão jurídica apresentada nos autos, qual seja, o reconhecimento do direito à compensação dos créditos de PIS decorrentes do reconhecimento da inconstitucionalidade dos Decretos-leis 2.445 e 2.449/88 que majoraram as alíquotas da contribuição.

No caso dos autos, por se tratar de matéria exclusivamente de direito, não há empecilo a que o julgador, em nome dos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, avance na análise do mérito, prescindindo do exame da questão pelo Juízo de primeiro grau.

Recurso especial não conhecido pela alínea "a" e conhecido, porém não provido pela "c". (RESP 252.187/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.05.2003)

Visto isso, passemos a análise do mérito.

Primeiramente, quanto aos juros de mora, a Primeira Seção do STJ adotou o trânsito em julgado como termo a quo, na repetição de indébito, na assentada de 12.11.08, ratificando o posicionamento estampado no REsp 1.086.935/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, submetido ao Colegiado pelo regime da Lei nº 11.672/08 (Lei dos Recursos Repetitivos), que introduziu o art. 543-C do CPC.

Calha reproduzir o teor da ementa do julgado que bem explicita a questão:

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO.

1. Nos termos do art. 167, parágrafo único do CTN e da Súmula 188/STJ, 'Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença'. Tal regime é aplicável à repetição de indébito de contribuições previdenciárias, que também têm natureza tributária.

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (DJe de 24.11.08). No que tange ao art. 27 da Lei 9.868/99, melhor sorte não assiste ao agravante. Quanto à questão referente aos efeitos da declaração

de inconstitucionalidade a serem aplicados às normas que autorizavam a cobrança do IPTU, da TIP e da TCLLP, a jurisprudência da Seção de Direito Público deste STJ sedimentou-se no sentido de que devem ser retroativos - ex tunc, consoante entendimento reiterado do STF. Nessa linha: AI-AgR 533800/RJ; Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 09-09-2005; REsp 650424/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 06/03/2006; REsp 727209/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 13/03/2006; AgRg no REsp 725945/RJ; 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 17/10/2005.

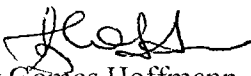
Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1.º - A, do CPC, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso especial para determinar que os juros de mora incidam a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ).

É como voto.

Enfim, entendo que no presente caso também não há que se falar em supressão de instância, porque a matéria foi julgada pela 2ª. Câmara, julgando todas as questões de direito envolvidas e entendendo que os valores deveriam ser analisadas na execução do julgado.

O fato desta Conselheira entender em casos similares, em julgamento de recurso voluntário, pela devolução do processo para análise da DRJ ou DRF, é uma das vertentes possíveis em julgamentos deste jaez, mas não é o único caminho possível, razão pela qual, entendo que o V. Acórdão Recorrido não violou os princípios da ampla defesa, do contraditório ou do devido processo legal.

Em suma, conheço em parte o Recurso Especial e na parte conhecida nego provimento.


Susy Gomes Hoffmann

Voto Vencedor

Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho, Redator Designado

A questão central da presente lide restringe-se em definir se ocorre supressão de instância quando um colegiado afasta uma prejudicial de mérito, que foi fundamento para o improvimento do recurso na instância *a quo*, e julga o *meritum causae* sem que a instância inferior tenha se pronunciado sob a questão.

O voto vencido utilizou quatro premissas para sustentar sua posição, de forma que enfrentarei cada uma para demonstrar a impossibilidade de manter o voto vencido e a necessidade de que seja anulada a decisão que não respeitou o devido processo legal.

O primeiro ponto utilizado como fundamento foi a regra prevista no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, segundo a qual “ nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

A regra da impossibilidade de o tribunal julgar o mérito da causa em apelação contra sentença terminativa não é absoluta. A exceção consta do § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, parágrafo acrescentado pela Lei n. 10.352, de 2001. Pode o tribunal de apelação julgar desde logo o mérito da causa que envolve somente questão de direito, desde que a sentença terminativa tenha sido proferida na fase intermediária prevista no art. 329 ou na fase derradeira objeto do art. 456, ambos do Código de Processo Civil. Daí as duas exigências para a incidência da exceção consagrada no § 3º do art. 515 do Código: **a questão controvertida deve ser apenas de direito**; e a sentença terminativa deve ter sido proferida quando a causa já estava madura.

A primeira exigência reside na dispensa de instrução probatória, por ausência de controvérsia quanto ao fato na causa; só há lugar para a incidência do § 3º “se a causa versar questão exclusivamente de direito”. Questão de direito é a controvérsia que envolve a validade, a vigência, a interpretação, enfim, a aplicação das normas que integram o ordenamento jurídico. Em contraposição, a exceção consagrada no § 3º não incide quando há questão de fato a ser resolvida. Questão de fato é a controvérsia acerca do acontecimento no plano concreto; diz respeito ao que efetivamente ocorreu na realidade e gerou o litígio. Tanto quanto sutil, a diferença é relevante para a aplicação do § 3º do art. 515, ou não.

Já a segunda exigência está consubstanciada na necessidade de a sentença terminativa ter sido prolatada com base no art. 329 (vale dizer, em “JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO”) ou em fase processual subsequente (*verbi gratia*, art. 456). Em contraposição, se a sentença foi proferida com esteio no art. 295, jamais poderá o tribunal de apelação concluir desde logo a prestação jurisdicional, sob pena de ofensa ao art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, porquanto o réu ainda não foi citado para contestar; se o recurso apelatório for provido, os autos devem baixar para o prosseguimento do processo em primeiro grau de jurisdição.

Em resumo, consideradas as três fases básicas nas quais as sentenças são proferidas (arts 295, 329 e 456), apenas a apelação interposta contra sentença de indeferimento liminar da petição inicial jamais enseja o imediato julgamento do mérito da causa.

Satisfeitas simultaneamente as duas exigências para a aplicação da exceção consagrada no § 3º do art. 515, o tribunal de apelação deve tomar imediato conhecimento do *meritum causae*, a despeito de o juiz *a quo* ter proferido sentença apenas terminativa, com fundamento em algum dos incisos do art. 267. Trata-se, à evidência, de competência excepcional conferida ao tribunal de apelação pela Lei n. 10.352, de 2001. Bem examinado o parágrafo acrescentado pela Lei n. 10.352, de 2001, à luz do art. 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal, constata-se que o tribunal tem o poder-dever de realizar o imediato julgamento, quando a apelação versar sobre causa já madura em que se discute questão de direito. Com efeito, proferida a sentença terminativa na fase processual do art. 329 ou na fase derradeira do art. 456 do Código de Processo Civil, em causa cuja controvérsia reside apenas na interpretação do direito aplicável à espécie, deve o tribunal de apelação avançar e julgar desde logo o mérito da causa.

Retornando aos autos, constato que a Delegacia de Julgamento em Juiz de Gora/MG julgou improcedente o recurso do contribuinte em face de uma preliminar de mérito, a impossibilidade de estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade obtida em

controle difuso a não participantes da lide judicial. A primeira instância administrativa não analisou as outras matérias de mérito, em especial, a existência de recolhimento indevido.

Nos casos de pagamento indevido ou a maior, fatos que justificam uma eventual repetição do indébito, a idéia de restituir é para que ocorra um reequilíbrio patrimonial. O direito de repetir o que foi pago emerge do fato de não existir débito correspondente ao pagamento. Portanto, a restituição é a devolução de um bem que foi trasladado de um sujeito a outro equivocadamente. Deve ficar entre dois parâmetros, não podendo ultrapassar o enriquecimento efetivo recebido pelo agente em detrimento do devedor, tampouco ultrapassar o empobrecimento do outro agente, isto é, o montante em que o patrimônio sofreu diminuição. O Novo Código Civil, em seu artigo 876, estabelece a obrigação de restituir a “todo aquele que recebeu o que lhe não era devido”, para fins de evitar um enriquecimento sem causa..

Posta assim a questão é de se dizer que para fazer jus à repetição do indébito, necessário se faz a ocorrência de um pagamento indevido ou a maior que o devido, caso contrário, estaríamos diante de um enriquecimento sem causa de uma das partes. Desta forma, não havendo tais condições, não há direito líquido e certo a restituição.

Neste momento, surge a necessidade de verificar a ocorrência de um recolhimento indevido ou maior que o devido. A solução para esta questão encontra-se no confronto entre o valor recolhido e o valor que deveria ter sido recolhido.

A comprovação do valor recolhido se faz por meio do comprovante de recolhimento – DARF. Já a apuração do valor devido está condicionada à análise da base de cálculo combinada com a alíquota a ser aplicada. Quanto à alíquota, não temos problemas, pois está determina em lei e não precisa ser objeto de prova. Todavia, a base de cálculo deve ser comprovada pela escrituração nos livros fiscais. Neste sentido, determina o art. 923, do RIR/99, “a escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados com documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais”.

Pelas assertivas feitas, afluem razões jurídicas para concluir que a análise de pedido de restituição requer um profundo estudo sobre os fatos jurídicos constantes nos autos. Logo, não estamos diante de questões de direito e sim de direito e de fato, o que afasta de forma peremptória a aplicação do § 3º do art. 515 do CPC.

Outro ponto utilizado pelo voto vencido refere-se a possibilidade de julgamento pelo tribunal superior quando a matéria for de fato, mas desde que não haja necessidade de mais dilação probatória, ou seja, quando a causa estiver “madura”.

Ao contrário do entendimento defendido, prevalece a tese favorável à aplicação do § 3º apenas nas questões de direito e não em toda causa madura. Ainda que muito respeitável a tese defendida no voto vencido, ela não é aplicável no presente compêndio, por ser o § 3º verdadeira exceção no sistema recursal. Daí a explicação em prol da interpretação estrita, em respeito à escolha feita pelo legislador: “se a causa versar exclusivamente questão de direito”.

A opção do legislador também merece ser prestigiada à vista da seguinte diferença: questão de fato resolvida pelo tribunal de apelação não pode ser objeto de julgamento por tribunal *ad quem*; já a questão de direito resolvida pela vez primeira no tribunal

de apelação é passível de novo julgamento por tribunal *ad quem*, *ex vi* dos artigos 102, inciso III e alíneas, e 105, inciso III e alíneas, da Constituição Federal de 1988. Embora não seja absoluto nem tenha estatura constitucional, o duplo grau de jurisdição é a regra no direito brasileiro, razão pela qual o legislador acertou quando restringiu o julgamento das causas maduras às questões “exclusivamente de direito”, com a possibilidade da posterior interposição dos recursos extraordinário e especial, conforme o caso. Daí a conclusão em prol da preservação das duas exigências legais: “a causa versar exclusivamente questão de direito” e já estar madura para o imediato julgamento do mérito pelo tribunal de apelação.

O segundo e o terceiro pontos utilizados como premissas para a conclusão do voto vencido não se fizeram presente processo, senão vejamos:

1) Defende o voto vencido que o tribunal pode julgar a questão de fato, sem ter que submetê-la ao órgão inferior, se a questão não foi suscitada na apelação por motivo de força maior, na esteira do art. 517 do CPC,

Ressalto que todas as questões de fatos que não foram analisadas pela primeira instância já se encontravam nos autos. Logo, não foram acostadas posteriormente como prevê o art. 517 do CPC.

2) Salieta que as questões de ordem pública podem ser suscitadas no tribunal *ad quem* sem necessidade de retorno a instância anterior.

As matérias não analisadas também não se configuram de ordem pública, pois, s.m.j., análise de documentos que poderão atestar um eventual direito creditório não me parece ser de ordem pública.

Por derradeiro, o voto vencido defende *que não haveria razão de se remeter o processo para a instância inferior de julgamento, quando, no final das contas, em sede de recurso, o que termina por prevalecer é o entendimento do órgão superior.*

Quanto a esse argumento, vejo que foi esquecido o princípio do devido processo legal e distorcido o efeito substitutivo que do recurso.

O devido processo legal assegura aos indivíduos o direito de ser processado nos termos da lei, garantindo o contraditório, a ampla defesa e o julgamento imparcial. Esse princípio é considerado informador de todo o sistema processual, civil, penal e administrativo.

A observância do princípio do duplo grau de recurso é uma garantia ao devido processo legal. Sabemos que aquele princípio não é absoluto.

O processo administrativo fiscal (PAF) é regulado pelo Decreto nº 70235/72. Nele estão previstos os procedimentos a serem adotados pela administração tributária para oferecer aos administrados o devido processo legal. A doutrina majoritária entende que se a lei dá possibilidade de recurso a uma decisão anterior, então há o duplo grau. Caso contrário, quando o recurso for originário do tribunal, pode não haver duplo grau, como é o exemplo de ações cuja a competência originária é do Supremo Tribunal Federal.

No processo administrativo fiscal, como nos outros ramos processuais, não há previsão expressa do duplo grau de jurisdição. Contudo, há previsão de recurso contra decisões proferidas em primeira instância, o que me leva a concluir pela existência do duplo grau de recurso na esfera administrativa fiscal.

No que diz respeito ao efeito substitutivo do recurso, ele está previsto no art. 512 do CPC, in verbis:

Art. 512 . O julgamento proferido no tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.

O professor Bernardo Pimentel define o efeito substitutivo do recurso:

Por força do art. 512, o julgamento proferido em recurso ocupa lugar da decisão recorrida no processo, salvo quando o recurso não é conhecido ou é provido apenas para cassar a decisão. Em regra, portanto, o julgamento prolatado no recurso passa a ser o pronunciamento com valor decisório, enquanto a decisão recorrida passa a ser mero documento de cunho histórico do processo, sem valor decisório algum, por ter sido substituído pelo julgamento proferido no recurso.

Na linha do entendimento fixado, é necessário que haja uma decisão anterior para que a posterior possa substituir, caso contrário não haveria substituição de decisão e sim uma primeira decisão sobre o tema.

O voto vencido defende que a decisão do órgão superior será sempre a que irá prevalecer, por força deste do art. 512 do CPC. Contudo, não posso aceitar que seja prescindível a decisão do órgão inferior, pois estaria afrontando o duplo grau de recurso previsto no PAF de forma indireta, como já abordamos e o devido processo legal.

Por derradeiro, como dito alhures, a decisão da 2ª Câmara abordou tema que não foi tratado na instância inferior, caracterizando *error in procedendo*.

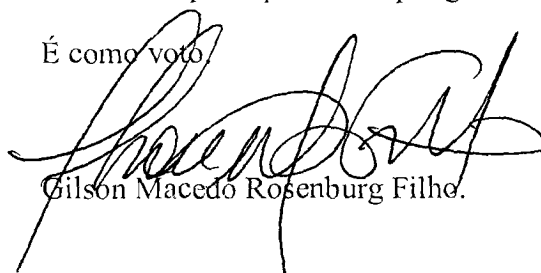
O *error in procedendo* consiste no defeito de forma que contamina a decisão jurisdicional enquanto ato jurídico, tornando-a inválida. O *error in procedendo* é marcado pela existência de vício na estrutura, na construção do ato jurídico consubstanciado na decisão jurisdicional, o que justifica a cassação, ou seja, a invalidação do *decisum*.

Sobre o tema o professor Barbosa Moreira nos ensina que:

Para que o tribunal possa exercer a competência prevista no § 3º do art. 515º do CPC, isto é, julgar o mérito da causa, sob certas condições, ao decidir sobre sentença meramente terminativa, é necessário que não exista na sentença vício que lhe comprometa a validade: se algum existir, o órgão ad quem terá que anular a sentença e restituir os autos do processo à instância inferior, para que ali se profira outra.

Ex positis, voto no sentido de anular a decisão da 2ª Câmara para que outra seja proferida observando os princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal.

É como voto.



Gilson Macedo Rosenberg Filho.