



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 970.215 - RJ (2007/0169579-0)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
RECORRENTE : **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROCURADOR : **JOÃO GUILHERME SAUER E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **SINDICATO DAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS DO**
MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : **GUSTAVO KELLY ALENCAR E OUTRO(S)**

EMENTA

PROCESSO CIVIL - CONSTITUCIONAL - ICMS - FUNDO DE COMBATE À POBREZA DO ESTADO FLUMINENSE - CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL LOCAL - AÇÃO COLETIVA - PEDIDO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA - PERDA DE INTERESSE DE AGIR - VIOLAÇÃO AO ART. 267, VI, DO CPC VERIFICADA - RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM - ACÓRDÃO RECORRIDO - OMISSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Suprida a omissão pelo acórdão que julgou os embargos de declaração, descabe falar-se em nulidade do acórdão embargado, a despeito do julgamento traduzir entendimento diverso do defendido pelo embargante.

2. Declarada a constitucionalidade da norma impugnada pelo órgão especial do tribunal, seu órgão fracionário deve retomar o julgamento, aplicando o direito à espécie.

3. A superveniência de norma constitucional constitucionalizando norma local não retira o interesse de agir da demandante posto que esse é dado pela pretensão veiculada e não pelos fundamentos invocados.

4. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 02 de junho de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 970.215 - RJ (2007/0169579-0)

RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JOÃO GUILHERME SAUER E OUTRO(S)
RECORRIDO : SINDICATO DAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS DO
MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : GUSTAVO KELLY ALENCAR E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: - Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assim ementado:

APELAÇÃO. Mandado de segurança coletivo preventivo. Legislação estadual que instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, autorizado pela Emenda Constitucional n. 31/2000. Leis e regulamentos estaduais que agravam alíquota de ICMS sobre "produtos e serviços supérfluos", a estes definindo reflexamente, quando tal identificação dependia de lei federal, nos termos da EC n. 31/2000. Vício que bastaria à suspensão da imposição tributária estadual; direito líquido e certo do contribuinte de não se tributado em hipóteses exorbitantes dos limites traçados na Constituição. Incompetência da Câmara para declarar inconstitucionalidade de lei *incidenter tantum*, à vista do disposto no art. 97 da Constituição da República. Remessa da questão ao Órgão Especial. Superveniência da Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.03, que validou os adicionais criados pelos Estados em função da EC n. 31/2000, mesmo aqueles em desconformidade com a própria Constituição. Arguição de inconstitucionalidade prejudicada. Decisão do STF que inviabiliza o exame meritório da questão, ao extinguir, por perda de objeto, ADIn de idêntico teor, o que se estende à presente ação mandamental, cujo fundamento era a inconstitucionalidade da legislação estadual, superada pela referida EC 42/2003. Extinção do processo sem cognição do mérito (fl. 494)

Contra este acórdão foram opostos embargos de declaração posteriormente rejeitados por acórdão cuja ementa transcrevo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Intenção modificativa e prequestionadora do embargante, que não aponta rela contradição, omissão ou obscuridade. O mandado de segurança foi impetrado sob a égide de ordem constitucional alterada no curso do processo, daí a superveniente perda do interesse deste, a impor a extinção sem julgamento meritório. Solução que não configura faculdade, sendo imposta pela regra do art. 329 do código de ritos. Embargos a que se nega provimento. (fl. 504)

Irresignado, o Estado fluminense alega violação aos arts. 267, VI, 329 e 535 do CPC, sob os seguintes fundamentos:

a) *a ação como direito à jurisdição, não tem como titular apenas o demandante, aquele que provoca, originariamente, o exercício da jurisdição pelo Estado; o chamado "autor da ação", em suma. Direito de ação também tem o réu, que o exerce se*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

opondo à pretensão do autor e postulando um provimento contrário ao pedido por este;

b) é dever do juízo a motivação das decisões judiciais, não se eximindo de sentenciar sob alegação de lacuna ou obscuridade na lei, na forma como disposta no art. 126 do CPC;

c) somente o pedido faz coisa julgada, sendo irrelevante para tal fim o fundamento utilizado pelo julgador e o pedido na demanda coletiva foi para que fosse declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre a parte autora e o Estado com base na exigência de alíquota majorada para compor fundo de combate à pobreza e, prevalecendo o entendimento do acórdão recorrido estar-se-ia considerando um fundamento como motivador da coisa julgada;

d) somente há prejudicialidade pelo advento de norma constitucional posterior a pretensão manifestada em controle concentrado de constitucionalidade, inexistindo tal possibilidade no controle difuso, quando o órgão fracionário deve tomar a questão constitucional como prejudicial ao mérito e após resolvida pronunciar-se sobre ele, na forma do CPC, arts. 480 e 481.

e) existe interesse não só jurídico, como também público a uma decisão meritória, que cubra sob o manto da coisa julgada a exigibilidade do tributo em discussão, pois se cuida *de um mandado de segurança coletivo - um entre muitos - impetrado por Sindicato patronal de toda uma indústria no âmbito da segunda maior cidade do País; e*

f) o acórdão manteve a contradição, na medida em que *além de ser desnecessário que o Órgão Especial declare a constitucionalidade das normas questionada, bastando que não a declare inconstitucional, o fato é que, como acima apontado, ele, na motivação do acórdão que proferiu, afirmou que essas normas tinham sido validadas, isto é, que se tinham tornado constitucionais, sendo essa motivação, por si só, vinculativa para a Câmara.*

Sem contrarrazões, o recurso foi inicialmente inadmitido (fls. 599/604). Deferi o trânsito do recurso no Agravo de Instrumento n. 871.904.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 970.215 - RJ (2007/0169579-0)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
RECORRENTE : **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROCURADOR : **JOÃO GUILHERME SAUER E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **SINDICATO DAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
ADVOGADO : **GUSTAVO KELLY ALENCAR E OUTRO(S)**

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): - Inicialmente reputo inexistente a apontada contradição no aresto recorrido, pois a Corte de origem manteve-se coerente com seu posicionamento pela extinção do julgamento do feito sem apreciação do mérito pela prejudicialidade da declaração de constitucionalidade das normas estaduais que previram a majoração de alíquota para custear o Fundo de Pobreza do Estado fluminense.

É cediço que a contradição idônea a ser sanada por embargos de declaração é a interna, entre as partes componentes da decisão judicial, ou seja, entre ementa e acórdão, entre este e os fundamentos ou entre este e aquela. Nesse sentido trago à colação os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O art. 535 do CPC estabelece como fundamento dos aclaratórios a existência de omissão, obscuridade ou contradição interna no acórdão. Não ocorrendo nenhuma dessas hipóteses, não há como prosperar a irresignação.

2. Descabe ao Superior Tribunal de Justiça intervir em matéria de competência do STF, tampouco para prequestionar questão constitucional, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Lei Maior.

3. Embargos declaratórios rejeitados.

(EDcl no AgRg nos EDcl na Pet 5.634/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/10/2008, DJe 10/11/2008)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PROVOCAÇÃO DA PARTE. MECANISMO JUDICIÁRIO. CULPA. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO INTERNA. INEXISTÊNCIA.

I - De início, impende ressaltar que, no caso dos autos, os executados apresentaram exceção de pré-executividade (fls. 13/18), requerendo o reconhecimento da ocorrência da prescrição, tendo sido tal alegação impugnada pela exequente em resposta (fls. 37/38).

(...)

IV - A contradição que autoriza a reforma pela via dos embargos de declaração é tão-somente aquela que ocorre entre as proposições e conclusões do próprio julgado, ou seja, interna, e não entre o que ficou decidido e as teses defendidas pelo embargante. Precedentes: EDcl no AgRg no Ag nº 710.569/RS, Relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 20.02.2006; REsp nº 433711/MS, Relator Ministro CARLOS ALBERTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MENEZES DIREITO, DJ de 30.06.2003 e REsp nº 152897/PR, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, DJ de 02.05.2005.

V - Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1050208/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 01/09/2008)

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – EFEITOS MODIFICATIVOS – REVISÃO COM O REEXAME DO DECISUM – IMPOSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DO JULGADO À JURISPRUDÊNCIA POSTERIORMENTE CONSOLIDADA.

1. O art. 535 do CPC estabelece como fundamento dos aclaratórios a existência de omissão, obscuridade ou contradição interna no acórdão.

2. Os embargos de declaração não são o instrumento adequado para revisar a orientação do órgão julgador. Error in judicando não autoriza o manejo de aclaratórios.

3. Ao juiz não é dado conceder efeito modificativo aos embargos de declaração para adaptar as decisões judiciais às teses jurídicas posteriormente consolidadas pelos Tribunais. Precedentes.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no REsp 865.951/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 27/02/2009)

Portanto, rejeito a aludida preliminar.

No mérito, contudo, assiste razão ao recorrente. Leciona Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Segundo prevê o art. 480 do CPC, aventada, no julgamento de certo caso concreto, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, seja pelo Ministério Público ou pelas partes do recurso (ou da ação ordinária), seja por um dos magistrados incumbidos de julgá-lo, cria-se questão prejudicial (sobre o tema jurídico) que impede o prosseguimento do exame do litígio específico. Paralisando-se, então, o julgamento da causa, e após permitida a manifestação do Parquet, ouve-se a respeito da questão o órgão colegiado.

Se o colegiado rejeitar a tese da inconstitucionalidade, não se formará o incidente, prosseguindo-se normalmente no julgamento da controvérsia. Mas se a arguição de inconstitucionalidade for acolhida pelo órgão fracionário, terá ensejo o incidente.

(...)

Com efeito, proferida a decisão do incidente, restituem-se ao colegiado suscitante os autos, a fim de que prossiga no julgamento do caso específico. Seja qual for o resultado do julgamento do incidente de inconstitucionalidade, será ele vinculante para o órgão originário. (*in Manual do Processo de Conhecimento. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 637-8*).

De fato, arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e aferida a relevância da alegação pelo órgão fracionário de tribunal, leva-se a questão prejudicial ao julgamento da causa ao órgão especial que decidirá pela inconstitucionalidade ou não do dispositivo inquinado. Rejeitada a tese ou acolhida, esta decisão vincula os demais órgãos do tribunal que aplicará o precedente ao caso sob julgamento e aos futuros.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, não há na lei processual a figura da perda de objeto da demanda pela rejeição da declaração de inconstitucionalidade, sob fundamento de que a tese discutida nos autos era estritamente constitucional. A perda de objeto é inferida pelo pedido e não pelos fundamentos.

Como afirmam Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

Questão incidente é aquela *incidenter tantum*; esta forma de resolução não se presta a ficar imune pela coisa julgada. O magistrado tem de resolver a questão como etapa necessária do seu julgamento, mas não a decidirá. São as questões cuja solução comporá a fundamentação da decisão. Sobre essa resolução, não recairá a imutabilidade da coisa julgada. Os incisos do art. 469 do CPC elucidam muito bem o problema: não fazem coisa julgada os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo. Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. São as questões postas para uma solução *principaliter tantum*: compõem o objeto do juízo. São chamadas *questões principais*. Somente em relação a essas é possível falar-se de coisa julgada. É o que retira do art. 468 do CPC: a decisão judicial tem força de lei, nos limites da lide deduzida e das questões decididas. (*in Curso de Direito Processual. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. v. 3. Salvador: Editora Podivm, 2007, pp. 422-3)

Tanto na doutrina como na jurisprudência é pacífico o entendimento de que o resultado do incidente de inconstitucionalidade não prejudica o julgamento do recurso no qual surgiu. É apenas questão prejudicial que deve ser decidida por órgão diverso do originalmente competente para o julgamento da causa. Se a fundamentação da parte era exclusivamente baseada na declaração de inconstitucionalidade do ato normativo não é hipótese de prejudicar o julgamento da causa, como se processo objetivo se cuidasse, mas de negar provimento à pretensão, agora rechaçada pela Plenário do Tribunal.

A hipótese em tela é semelhante à recusa da relevância da arguição de inconstitucionalidade pelo órgão fracionário. Se afastada a Câmara ou Turma não deverá adentrar no mérito, dando ou negando provimento ao recurso.

Impressiona, como visto, a argumentação do Estado fluminense quando alega ter o réu direito ao julgamento de mérito para cobrir a pretensão contra si manifestada com o manto da coisa julgada, a impedir a futura propositura de demandas idênticas. É verdade.

Na jurisprudência do STF, colho o seguinte precedente em que a Corte adentra no julgamento de apelação após a rejeição do incidente de inconstitucionalidade:

EMENTA: AÇÃO ORIGINÁRIA. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE OCORRIDO EM APELAÇÃO CÍVEL E EM REMESSA NECESSÁRIA (ARTS. 480 E 481 DO CPC): IMPEDIMENTO DE MAIS DA METADE DOS MEMBROS DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CATARINA (CF, ART. 102, I, "N", 2. PARTE). REAJUSTE AUTOMÁTICO DE VENCIMENTOS DOS SERVIDORES DO ESTADO, VINCULADO MENSALMENTE AO COEFICIENTE DE CRESCIMENTO NOMINAL DA ARRECADAÇÃO DO ICMS (ART. 2. DA LEI N. 7.588/89) E A INDEXADOR FEDERAL - IPC (ARTS. 2. E 3. E SEUS PARÁGRAFOS ÚNICOS DA LEI N. 6.747, DE 03.05.86, E ART. 10 DA LEI N. 7.802/89). VÍCIO DE INICIATIVA.

1. Competência do Supremo Tribunal Federal para julgar apelação interposta para Tribunal Estadual quando a maioria dos juízes efetivos do órgão competente para a causa esta impedida. Precedentes.

2. Inconstitucionalidade das disposições legais impugnadas porque ferem a um só tempo os seguintes preceitos constitucionais: a) iniciativa exclusiva do Governador para deflagrar o processo legislativo de lei que concede aumento de vencimentos ou aumenta a despesa (CF/69, art. 57, II, c/c art. 200; CF/88, art. 61, PAR. 1., II, "a"); b) autonomia do Estado, por ficar submisso a índice de correção monetária fixado pela União (CF/69, art. 13; CF/88, art. 25); c) proibição de vinculação de qualquer natureza para efeito de remuneração do pessoal do serviço público, ao conceder reajuste automático (CF/69, art. 98, par. único; CF/88, art. 37, XIII), e d) proibição de vinculação da receita de impostos a despesa (CF/88, art. 167, IV).

3. Julgamento total da apelação por não haver resíduo de mérito. Ressalva do ponto de vista vencido do Relator, por entender que com o julgamento do incidente de inconstitucionalidade em apelação (arts. 480 e 481 do CPC e art. 97 da CF), o Supremo Tribunal cumpre e encerra o seu ofício jurisdicional quanto a matéria que era da competência do Órgão Especial do Tribunal "a quo" (Sumulas 293, 455 e 513), acrescentando que fica suprimido um grau de jurisdição no que se refere as demais questões de lei federal. Honorários fixados.

(AO 317, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 26/10/1995, DJ 15-12-1995 PP-44077 EMENT VOL-01813-01 PP-00090).

Insta também referir a Súmula 513 do STF que dispõe:

A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.

De tudo o quanto foi exposto, entendo que, de fato, houve violação aos arts. 267, VI e 329 do CPC, pois a Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deveria julgar o mérito do recurso intentado pelo sindicato à luz da questão prejudicial decidida pelo órgão especial, e não julgar a ação prejudicada pela superveniência da declaração de constitucionalidade dos atos normativos reputados pela inicial como inconstitucionais.

Tal procedimento tem arrimo no processo objetivo de controle de constitucionalidade e não no controle difuso de constitucionalidade dos atos normativos, no qual opera o procedimento e regramento pertinentes ao *full bench*.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso especial para anular o acórdão recorrido e determinar que o órgão fracionário do Tribunal fluminense prossiga no julgamento do recurso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2007/0169579-0

REsp 970215 / RJ

Números Origem: 20030010165118 200300126324 200613512913 200700499480 200713701487

PAUTA: 02/06/2009

JULGADO: 02/06/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JOÃO GUILHERME SAUER E OUTRO(S)
RECORRIDO : SINDICATO DAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS DO MUNICÍPIO DO RIO
DE JANEIRO
ADVOGADO : GUSTAVO KELLY ALENCAR E OUTRO(S)

ASSUNTO: Tributário - ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 02 de junho de 2009

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária