



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.221.872 - RJ (2010/0198656-0)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : GUSTAVO FERNANDES DE ANDRADE E OUTRO(S)
RECORRIDO : TITANIC DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA
ADVOGADO : ARTHUR HANNIG DA GAMA E OUTRO(S)
RECORRIDO : DIESEL PETRO LTDA
ADVOGADO : VANUZA VIDAL SAMPAIO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO APÓS A CONCESSÃO DA LIMINAR. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DA LC 87/96, DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL E DE OUTROS NORMATIVOS, EM VIRTUDE DO DISPOSTO NO ART. 155, § 2º, X, "B", DA CF/88. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

1. A orientação desta Corte não admite a formação de litisconsórcio ativo facultativo em momento posterior à distribuição da ação, para que se preserve a garantia do juiz natural, ressalvadas as hipóteses autorizativas previstas em lei especial (como é o caso da Lei 4.717/65 - que regula a ação popular).
2. Os arts. 480 a 482 do CPC devem ser interpretados na forma da Súmula Vinculante 10/STF, segundo a qual *"viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte"*.
3. Na hipótese, não podia o órgão fracionário do Tribunal de origem reconhecer a incompatibilidade entre as normas contidas no art. 3º, III, da LC 87/96, no art. 21 da Lei Estadual 2.657/96 e atos do Poder Público que se amparam diretamente na Constituição Federal e o art. 155, § 2º, X, "b", da CF/88, sem observar as regras contidas nos arts. 480 a 482 do CPC, ou seja, sem suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade.
4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 16 de agosto de 2011.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.221.872 - RJ (2010/0198656-0)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROCURADOR : **GUSTAVO FERNANDES DE ANDRADE E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **TITANIC DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA**
ADVOGADO : **ARTHUR HANNIG DA GAMA E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **DIESEL PETRO LTDA**
ADVOGADO : **VANUZA VIDAL SAMPAIO**

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro cuja ementa é a seguinte:

Mandado de Segurança preventivo. ICMS devido no estado de destino onde ocorre o fato gerador. Combustíveis e derivados. Operações interestaduais - imunidade tributária. Constituição Federal - Art. 155, §§ 2º, inciso X, letra "b" e inciso XII, letra "b". Emenda Constitucional nº 3/93. Lei Complementar nº 3/93. Lei Complementar nº 87/96. Leis e convênios estaduais sobre comercialização de combustíveis. Substituição tributária. Inexigibilidade do ICMS no bombeamento do produto. Ficção de tratar-se de operação interna. Convênios estaduais inválidos. Ordem concedida.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Efetuada novo julgamento de tais embargos, em virtude do provimento de recurso especial fundado em ofensa ao art. 535 do CPC (decisão de fls. 1.249/1.250), foram acolhidos sem a atribuição de efeito modificativo.

No recurso especial, interposto com base na alínea *a* do permissivo constitucional, o recorrente aponta ofensa aos arts. 251, 459, 460, 481 e 482 do CPC, bem como aos arts. 151 e 156 do CTN e ao art. 6º da LC 87/96, alegando, em síntese, que: (a) o Tribunal de origem autorizou o ingresso de outros litigantes, no pólo ativo, após o deferimento da medida liminar, sendo que a jurisprudência deste Tribunal não admite a formação de litisconsórcio ativo posterior à distribuição da ação; (b) o Órgão Fracionário do Tribunal de origem, sem observar a cláusula de reserva de plenário, "afastou a incidência da Lei Estadual 2.657/96, da Lei Complementar 87/96, e dos Convênios (que lhe são correlatos), sob o falso e absurdo argumento de que seriam inconstitucionais, por violarem a regra constitucional que garante a 'plena imunidade' na cobrança



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do ICMS nas operações interestaduais com combustíveis" (fls. 1.273/1.274); (c) o regime de substituição tributária encontra amparo no art. 150, § 7º, da CF/88 e no art. 6º da LC 87/96, sendo que, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, foi implementado com a promulgação da Lei Estadual 2.657/96; (d) as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário são previstas de modo taxativo no art. 151 do CTN, não havendo suspensão "quanto tenha sido analisado o mérito da ação" (fl. 1.282).

Em suas contrarrazões, a recorrida pugna pela manutenção do aresto atacado.

Admitido o recurso, subiram os autos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.221.872 - RJ (2010/0198656-0)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO APÓS A CONCESSÃO DA LIMINAR. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DA LC 87/96, DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL E DE OUTROS NORMATIVOS, EM VIRTUDE DO DISPOSTO NO ART. 155, § 2º, X, "B", DA CF/88. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

1. A orientação desta Corte não admite a formação de litisconsórcio ativo facultativo em momento posterior à distribuição da ação, para que se preserve a garantia do juiz natural, ressalvadas as hipóteses autorizativas previstas em lei especial (como é o caso da Lei 4.717/65 - que regula a ação popular).

2. Os arts. 480 a 482 do CPC devem ser interpretados na forma da Súmula Vinculante 10/STF, segundo a qual *"viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte"*.

3. Na hipótese, não podia o órgão fracionário do Tribunal de origem reconhecer a incompatibilidade entre as normas contidas no art. 3º, III, da LC 87/96, no art. 21 da Lei Estadual 2.657/96 e atos do Poder Público que se amparam diretamente na Constituição Federal e o art. 155, § 2º, X, "b", da CF/88, sem observar as regras contidas nos arts. 480 a 482 do CPC, ou seja, sem suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade.

4. Recurso especial provido.

VOTO

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

A pretensão recursal merece acolhimento.

Depreende-se dos autos que o Tribunal de origem, em sede de mandado de segurança (originário), concedeu a ordem, reconhecendo a prevalência do art. 155, § 2º, X, "b", da CF/88 sobre as normas contidas no art. 3º, III, da LC 87/96, no art. 21 da Lei Estadual 2.657/96 e sobre "todo e qualquer convênio, resolução ou portaria que contenha ou venha conter dispositivo que regula a cobrança ou retenção de ICMS em operações interestaduais" (fl. 565). Além disso, após concessão da liminar, permitiu o ingresso de outros litigantes no pólo ativo do *mandamus*.

No entanto, a orientação desta Corte não admite a formação de litisconsórcio ativo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

facultativo em momento posterior à distribuição da ação, para que se preserve a garantia do juiz natural, ressalvadas as hipóteses autorizativas previstas em lei especial (como é o caso da Lei 4.717/65 - que regula a ação popular).

Nesse sentido: REsp 24.743/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 14.9.98; REsp 931.535/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 5.11.2007; RMS 22.848/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 17.12.2007; REsp 693.201/PE, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 7.2.2008; AgRg no REsp 1.022.615/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 24.3.2009; AgRg no REsp 776.848/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 3.8.2010; MS 8.635/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 29.5.2006; REsp 796.064/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 10.11.2008, sendo que, em relação ao último precedente citado, merece destaque o seguinte excerto extraído do respectivo acórdão:

A inclusão de litisconsorte ativo facultativo, após a distribuição da ação judicial, configura desrespeito à garantia constitucional do Juiz Natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal de 1988), praxe que é coibida pela norma inserta no artigo 253, do CPC, segundo o qual as causas de qualquer natureza distribuir-se-ão por dependência quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda (artigo 253, inciso II, do CPC, com a redação dada pela Lei 11.280/2006) (Precedentes do STJ: **AgRg no MS 615/DF**, Rel. Ministro Bueno de Souza, Corte Especial, julgado em 13.06.1991, DJ 16.03.1992; **REsp 24.743/RJ**, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 20.08.1998, DJ 14.09.1998; e **REsp 931.535/RJ**, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 25.10.2007, DJ 05.11.2007).

No mais, como acima mencionado, o órgão fracionário do Tribunal de origem afastou a aplicação das normas contidas no art. 3º, III, da LC 87/96, no art. 21 da Lei Estadual 2.657/96 e de "todo e qualquer convênio, resolução ou portaria que contenha ou venha conter dispositivo que regula a cobrança ou retenção de ICMS em operações interestaduais" (fl. 565), em face do disposto no art. 155, § 2º, X, "b", da CF/88.

Malgrado por meio do acórdão de fls. 920/923, proferido em sede de embargos de declaração, tenha havido "remessa dos autos, no estado em que se encontram", ao Órgão Especial do Tribunal *a quo*, o acórdão de fls. 1.006/1.016 afastou a competência do Órgão Especial para apreciar os embargos de declaração, devolvendo-se os autos para o órgão fracionário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não obstante a manifestação do Órgão Especial, os arts. 480 a 482 do CPC devem ser interpretados na forma da Súmula Vinculante 10/STF, segundo a qual *"viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte"*.

A corroborar esse entendimento, destacam-se:

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. OITIVA DA FAZENDA PÚBLICA. ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.437/92. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE PLENÁRIO. ARTIGOS 480 E 481 DO CPC.

1. O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, ao deixar de aplicar o artigo 2º da Lei nº 8.437/92 por considerá-lo inconstitucional, não observou o procedimento previsto nos artigos 480 e 481 do CPC. Aplicável o entendimento consolidado na Súmula Vinculante nº 10.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.149.198/AM, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 22.3.2010)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CREDITAMENTO DE DIFERENÇAS DE ICMS. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL À LEI: ART. 480 DO CPC - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL. NULIDADE DO ACÓRDÃO.

1. A ilegitimidade de preceito normativo por vício de inconstitucionalidade somente pode ser reconhecida, no âmbito dos Tribunais, pelo Órgão Especial ou pelo Plenário (CF, art. 97; CPC, arts. 480 a 482). Os órgãos fracionários somente estão dispensados de suscitar o referido incidente quando a respeito da questão constitucional já houver pronunciamento do órgão competente do Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal.

2. O princípio da reserva de plenário, que "atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público" (STF, RE 488.033, Min. Celso de Mello, DJ de 19.10.06), deve ser observado não apenas quando o órgão fracionário reconhece expressamente a inconstitucionalidade da norma. Segundo reiterado entendimento do STF, "reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertencente à lide para decidi-la sob critérios diversos extraídos da Constituição" (STF, AgRg no Ag 467.270, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12.11.04).

3. Reconhecida pelo órgão fracionário do Tribunal de origem a inconstitucionalidade do artigo 28, II, b, da Lei Estadual - RS 8.820/89 sem obediência à reserva de Plenário, deve ser anulado o julgado, por ofensa aos arts. 480 a 482 do CPC.

4. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 619.860/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.5.2010)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LEI ESTADUAL NÃO APLICADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, PORQUANTO INCOMPATÍVEL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COM A LC 87/96. INOBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

1. Os arts. 480 a 482 do CPC devem ser interpretados na forma da Súmula Vinculante 10/STF, segundo a qual *"viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte"*.

2. Na hipótese, não podia o órgão fracionário deixar de aplicar a lei estadual sob o fundamento de que tal norma é incompatível com a LC 87/96, sem observar as regras contidas nos arts. 480 a 482 do CPC, ou seja, sem suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade.

3. Recurso especial provido.

(REsp 938.839/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 29.4.2011)

Na hipótese, não podia o órgão fracionário do Tribunal de origem reconhecer a incompatibilidade entre as normas contidas no art. 3º, III, da LC 87/96, no art. 21 da Lei Estadual 2.657/96 e atos do Poder Público que se amparam diretamente na Constituição Federal e o art. 155, § 2º, X, "b", da CF/88, sem observar as regras contidas nos arts. 480 a 482 do CPC, ou seja, sem suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade.

Assim, impõe-se a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que eventual afastamento da legislação mencionada observe a "cláusula de reserva de plenário".

Consequentemente, restam prejudicadas as demais questões suscitadas no recurso especial.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2010/0198656-0

REsp 1.221.872 / RJ

Números Origem: 00263988220008190000 200000400613 201013510934 263988220008190000
6132000

PAUTA: 16/08/2011

JULGADO: 16/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : GUSTAVO FERNANDES DE ANDRADE E OUTRO(S)
RECORRIDO : TITANIC DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA
ADVOGADO : ARTHUR HANNIG DA GAMA E OUTRO(S)
RECORRIDO : DIESEL PETRO LTDA
ADVOGADO : VANUZA VIDAL SAMPAIO

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

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 Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.