





**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 258.828 – RN**

(Registro n. 99.0077227-0)

Relator: Ministro José Delgado  
Agravante: Enteco Engenharia Ltda  
Agravada: Fazenda Nacional  
Advogados: Rita Valéria de Carvalho Calvacante e outro e Marcelo da Mota e outros

**EMENTA:** Processual Civil – Agravo regimental objetivando a reformulação de decisão monocrática que conferiu provimento a recurso especial – Alegações de ausência de prequestionamento e apreciação de matéria constitucional que são repelidas.

Tributário – Compensação de prejuízos acumulados – Imposto de renda e contribuição social sobre o lucro – Entendimento das turmas competentes deste tribunal na linha de sua total impossibilidade – Ressalva do ponto de vista do relator.

Pretensão da Fazenda, no recurso especial, que se restringe, apenas, ao reconhecimento da legalidade da limitação de 30% – Provimento ao especial reafirmado, restabelecendo-se os termos da sentença – Agravo regimental improvido.

1. A decisão ora agravada conferiu provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, restaurando os termos da sentença, a qual concedeu a compensação pleiteada, porém, com a limitação de 30% prevista na Lei n. 8.981/1995. Tal conclusão foi assumida porque a única questão argüida pela recorrente em seu apelo foi acerca da legalidade da limitação de 30%, não tendo se insurgido contra o instituto da compensação propriamente dito, o qual foi reconhecido pelas instâncias ordinárias.

2. Desse modo, e em respeito ao Princípio da **Reformatio in Pejus**, não tendo sido atacado o fundamento de que é possível a compensação requerida, mas apenas tendo sido alvejado o fato de que a limitação nesta compensação é plausível de acordo com o nosso ordenamento jurídico (CTN), deve prevalecer a decisão monocrática em todos os seus termos.

3. As teses apresentadas no recurso em apreço não são suficientes para rebater a fundamentação da decisão guerreada, pelo que não se vislumbra qualquer novidade no presente agravo modificadora dos fundamentos supra-referenciados, denotando-se, pois, razão para a sua manutenção.

4. Agravo regimental improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Brasília-DF, 17 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DELGADO, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 20.3.2000.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Enteco Engenharia Ltda insurgiu-se, através do presente agravo regimental (fls. 128/137), contra decisão proferida em sede de agravo de instrumento (fls. 122/124), de minha lavra, que conferiu provimento a recurso especial sob os fundamentos sintetizados na ementa seguinte (fl. 122):

“Tributário. Compensação de prejuízos acumulados. Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro. Medida Provisória n. 812/1994. Lei n. 8.981/1995. Limitação de 30%.

1. Nos moldes do art. 44 do CTN, a base de cálculo do Imposto de Renda é o ‘montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis’, enquanto que a CSL incide sobre o lucro obtido em determinada atividade, isto é, o ganho auferido após dedução de todos os custos e prejuízos verificados.

2. Ao limitar a compensação dos prejuízos fiscais acumulados em 30% (trinta por cento), a Lei n. 8.981/1995 restou por desfigurar os conceitos de renda e de lucro, conforme perfeitamente definidos no

CTN. Ao impor a limitação em questão, determinou-se a incidência do tributo sobre valores que não configuram ganho da empresa, posto que destinados a repor o prejuízo havido no exercício precedente, incorrendo na criação de um verdadeiro empréstimo compulsório, porque não autorizada pela **Lex Mater**.

3. Em conseqüência, as limitações instituídas pela Lei n. 8.981/1995 denotam caráter violador dos conceitos normativos de renda e lucro, repito, conforme delineados, de maneira cristalina, no CTN, diploma que ostenta a natureza jurídica de lei complementar.

4. Ocorre que, de forma diferente é a orientação das egrégias Primeira e Segunda Turmas desta Corte, conforme precedentes nos seguintes julgados: REsp n. 90.234, Rel. Min. Milton Luiz Pereira; REsp n. 90.249-MG, Rel. Min. Peçanha Martins, DJU de 16.3.1998; REsp n. 142.364-RS, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 20.4.1998.

5. Agravo de instrumento conhecido para se conferir provimento ao recurso especial.”

Sustenta a agravante, em síntese, que o **decisum** ora hostilizado merece ser objeto de reforma, eis que laborou em manifesto equívoco ao apreciar matéria não prequestionada na instância ordinária, bem como analisou, no recurso especial, matéria de cunho eminentemente constitucional.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): A pretensão da agravante não colhe perspectiva de êxito. As razões desenvolvidas não são suficientes para imprimir modificação à decisão que viabilizou o trânsito do recurso especial.

Improcedem as duas alegativas levantadas pela ora agravante no sentido de que foi apreciada matéria não prequestionada explicitamente na instância ordinária (violação ao art. 43 do CTN) e foi analisada matéria de cunho eminentemente constitucional (Princípios Constitucionais da Publicidade, Vedação de Tributação do Patrimônio, Irretroatividade e Anterioridade da Lei Tributária).

Constata-se que a irresignação da Fazenda, em sede de recurso especial, circunscreveu-se à questão debatida e resolvida pelo Tribunal **a quo**, qual seja: a de que a compensação é permitida, porém, sem a limitação de

30% porque contraria preceitos insculpidos no Código Tributário Nacional, ofendendo os conceitos de renda e lucro e criando, conseqüentemente, verdadeira instituição de empréstimo compulsório. Confirmam-se do voto-condutor do aresto recorrido os excertos que corroboram o afirmado (fl. 47):

“No meu entender, não são legítimas as limitações impostas pela Lei n. 8.981, de 1995. Justifico o meu entendimento.

De conformidade com o artigo 44 do Código Tributário Nacional, a base de cálculo do Imposto de Renda é o ‘montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis’.

A Contribuição Social sobre o Lucro, por seu turno, incide sobre o lucro obtido em determinada atividade, ou seja, o ganho auferido, após dedução de todos os custos e prejuízos verificados.

A Lei n. 8.981, de 1995, ao limitar o abatimento em 30%, fendeu por desvirtuar os conceitos de renda e de lucro, tal como definidos no Código Tributário Nacional; deveras, ao instituir a mencionada limitação, determinou a incidência do tributo sobre valores que não configuram ganho da empresa, posto que destinados a repor o prejuízo havido no exercício precedente.

As limitações vertidas na Lei n. 8.981, de 1995, configuram violação aos conceitos normativos de renda e lucro, tal como definidos no CTN, diploma que ostenta a natureza jurídica de lei complementar.

A limitação, segundo entendo, desmerece a chancela do Judiciário, haja vista que, inclusive, implicou a criação de um verdadeiro empréstimo compulsório, em situação não autorizada pelo texto constitucional.

Esforçado nessas razões, dou provimento à apelação: de consequência reconheço ser possível a aplicação da Lei n. 8.981, de 1995 (em relação ao Imposto de Renda), apenas a partir do exercício financeiro de 1996, e em relação à Contribuição Social sobre o Lucro, ainda no exercício financeiro de 1995, respeitado, porém, o prazo de 90 (noventa) dias, contados a partir da data de publicação, que efetivamente ocorreu em 2.1.1995.

No que concerne à limitação de 30% (trinta por cento), na compensação do prejuízo fiscal, entendo ser o mesmo írrito, eis que contraria os conceitos de renda e de lucro, tal como consagrados no Código Tributário Nacional – CTN.”

No especial, a recorrente insurgiu-se contra o entendimento esposado pelo acórdão, sustentando que a compensação de prejuízos, como regulamentada pela Lei n. 8.981/1995, não afronta o art. 43 do CTN (conceito de renda), matéria jurídica que recebeu decisão do aresto recorrido, como acima se conferiu, sem, entretanto, ter sido expressamente indicado o número do dispositivo legal retrocitado, o que conduz ao reconhecimento do questionamento implícito, habitualmente adotado por esta Corte.

Afasta-se, portanto, a apontada alegação de ter sido apreciada matéria não prequestionada nas instâncias ordinárias.

Em segundo patamar, merece ser repelida a assertiva de que se analisou, no recurso especial, matéria de cunho eminentemente constitucional.

Vislumbra-se, do inteiro teor do voto-condutor do aresto recorrido, que o memso pautou-se em questões constitucionais e infraconstitucionais, tendo sido, inclusive, manejado recurso extraordinário tendente a afastar a aplicação da Súmula n. 126, desta Corte, segundo a qual “é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.

A leitura do voto é suficiente para demonstrar a análise que se fez de dispositivos do Código Tributário Nacional, quer de forma explícita (art. 44), ou implícita (art. 43), quando entendeu configurada violação aos conceitos de renda e lucro: da própria Lei n. 8.981/1995; e do art. 1<sup>a</sup> da Lei n. 1.533/1951.

Por ocasião do exame do recurso especial, a decisão ora agravada apenas procedeu à conferência da alegação da recorrente da existência de afronta ao teor preconizado pelo art. 43 do CTN, concluindo pelo provimento do apelo nobre em virtude da posição adotada pelas Turmas desta Corte na linha de ser totalmente ilegítima a compensação integral de prejuízos fiscais, como pretendido pela recorrida/impetrante. Precedentes foram listados para fundamentar a conclusão esposada. Passo a transcrevê-los para afastar quaisquer dúvidas que ainda parem sobre a matéria:

“Tributário. Contribuição social. Compensação de prejuízos. Impossibilidade. Leis n. 6.404/1976, 7.689/1988 e 8.383/1991. Instrução Normativa n. 90/1992.

1. Para o efeito de base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro, finca-se o resultado positivo do período-base encerrado em

31 de dezembro de cada ano, antes da provisão para o Imposto de Renda. Ilegalidade afastada.

2. Recurso provido.”

(REsp n. 90.234-BA, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 22.4.1997).

“Tributário. Contribuição Social sobre o Lucro. Compensação entre bases de cálculo. Ausência de previsão legal. Impossibilidade. Precedentes STF e STJ.

É ilegítima a compensação dos eventuais prejuízos com lucros verificados em exercícios diversos, na determinação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro, por isso que a incidência do tributo diz respeito ao lucro apurado ao mesmo exercício.

Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 90.249-MG, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 16.3.1998).

“Compensação. Contribuição Social sobre o Lucro. Lei n. 7.689/1988.

A Lei n. 7.689/1988 não admite a compensação de prejuízos e não colide com as Instruções Normativas n. 198/1988 e 90/1992, ao contrário, harmoniza-se com estas.

Recurso improvido.”

(REsp n. 142.364-RS, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 20.4.1998).

“Tributário. Compensação de prejuízos acumulados. Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro. Medida Provisória n. 812/1994. Lei n. 8.981/1995. Limitação de 30%.

1. Recurso especial intentado contra v. acórdão que entendeu não ser inconstitucional a limitação imposta à compensação de prejuízos, prevista nos arts. 42 e 58 da Lei n. 8.981/1995, não garantindo à recorrente o direito de pagar o Imposto de Renda – IR – e a Contribuição Social sobre o Lucro – CSL, a partir de janeiro/1995, sem as modificações introduzidas pela referida lei.

2. O princípio constitucional da anterioridade consagra que nenhum tributo pode ser cobrado no mesmo exercício financeiro que o

instituiu ou que o aumentou. Norma jurídica publicada no Diário Oficial da União do último dia do ano, sem que tenha ocorrido a sua efetiva circulação, não satisfaz o requisito da publicidade, indispensável à vigência e eficácia dos atos normativos.

3. Nos moldes do art. 44 do CTN, a base de cálculo do Imposto de Renda é o ‘montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis’, enquanto que a CSL incide sobre o lucro obtido em determinada atividade, isto é, o ganho auferido após dedução de todos os custos e prejuízos verificados.

4. Ao limitar a compensação dos prejuízos fiscais acumulados em 30% (trinta por cento), a Lei n. 8.981/1995 restou por desfigurar os conceitos de renda e de lucro, conforme perfeitamente definidos no CTN. Ao impor a limitação em questão, determinou-se a incidência do tributo sobre valores que não configuram ganho da empresa, posto que destinados a repor o prejuízo havido no exercício precedente, incorrendo na criação de um verdadeiro empréstimo compulsório, porque não autorizada pela **Lex Mater**.

5. Em conseqüência, as limitações instituídas pela Lei n. 8.981/1995 denotam caráter violador dos conceitos normativos de renda e lucro, repito, conforme delineados, de maneira cristalina, no CTN, diploma que ostenta a natureza jurídica de lei complementar.

6. Ocorre que, de modo diferente vêm entendendo as egrégias Primeira e Segunda Turmas desta Corte, conforme precedentes nos seguintes julgados: REsp n. 90.234, Rel. Min. Milton Luiz Pereira; REsp n. 90.249-MG, Rel. Min. Peçanha Martins, DJU de 16.3.1998; REsp n. 142.364-RS, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 20.4.1998.

7. Recurso improvido, com a ressalva do ponto de vista do relator.”

(REsp n. 182.519-RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 15.3.1999).

Conforme destaca-se dos escólios supracitados, cumpre relembrar mais uma vez que o posicionamento desta Corte é no sentido de que é ilegítima a compensação, de forma total, dos prejuízos fiscais verificados em exercícios diversos, ficando prejudicada, conseqüentemente, a discussão acerca da legalidade ou não da limitação questionada.

Entretanto, a decisão ora agravada conferiu provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional para o fim de restaurar os termos da sentença,

a qual concedeu a compensação requerida, porém, com a limitação de 30% prevista na Lei n. 8.981/1995. Tal conclusão foi assumida porque a única questão argüida pela recorrente em seu apelo foi acerca da legalidade dessa limitação, não tendo a Fazenda se insurgido contra o instituto da compensação propriamente dito, o qual foi reconhecido pelas instâncias ordinárias.

Confirmam-se as razões da recorrente (fls. 60/63):

“Tem orientado o Excelso Pretório, inclusive ao ensejo do julgamento do RE n. 94.881-PR, relatado pelo eminente Ministro Rafael Mayer, que “Aplicar o preceito onde não cabe é desaplicá-lo, na essência, equivalente à negativa de vigência (RTJ 100/448).

Foi exatamente o que ocorreu no caso dos autos, em que a colenda Corte de origem decidiu a causa em favor das recorridas sob a alegativa de que a MP n. 812/1994 e Lei n. 8.981/1995 afrontaram expressamente o art. 43 do Código Tributário Nacional.

O entendimento do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região é equivocado e parte da premissa que o que se discute através da Lei n. 8.981/1995 é conceito de lucro, quando na realidade a matéria por ela abordada é a previsão da compensação de prejuízos fiscais, que nada tem haver com o conceito de lucro, matéria esta estranha inclusive à Lei n. 8.981/1995.

Em verdade, o que pretende o v. acórdão recorrido, é forçar o entendimento que a limitação à compensação de prejuízos ao percentual de 30% do lucro serviria para modificar o conceito de lucro, o que é absurdo.

A compensação de prejuízos fiscais como regulamentada pela Lei n. 8.981/1995, não afronta assim o art. 43 do Código Tributário Nacional, uma vez que não deu conceito diferenciado a ‘lucro’ conforme previsto neste artigo, *porque não trata a Lei n. 8.981/1995 de redefinir lucro para efeito de tributação pelo Imposto de Renda, mas sim da compensação de prejuízos fiscais, matéria que por força da própria Constituição não é remetida ao tratamento específico da Lei Complementar prevista no art. 146 da CF/1988.*

Desse modo, totalmente equivocada a orientação ostentada na v. decisão guerreada que, a pretexto de aplicar o disposto no art. 43 do CTN, em verdade, incorreu na sua contrariedade.

Conseqüentemente, a errada exegese emprestada ao disposto no art. 43 do CTN importou no reconhecimento de direito à compensação integral de prejuízos inexistente.

Daí, o cabimento do recurso especial pela letra **a** do permissivo constitucional.

*As razões do pedido de reforma.*

**Data venia**, não há como perdurar o v. acórdão vergastado pois, como a esta altura já resta bastante claro não tem a menor base constitucional, acarretando graves prejuízos à Fazenda Pública, ora recorrente.

Não bastassem as razões já alinhadas no ‘tópico precedente, convém ressaltar que o princípio constitucional da hierarquia das leis em matéria tributária guarda estrita referência com as hipóteses dos incisos I, II e III do art. 146 da CF/1988, hipóteses não configuradas no caso presente, haja vista que a compensação tributária, como de sabença comum, constitui benefício fiscal.

Consoante **Gilberto de Ulhoa Canto**, entre nós domina forte o princípio da autonomia dos exercícios fiscais segundo o qual os créditos de cada ano financeiro de uma pessoa jurídica não se projetam sobre os subseqüentes ou os antecedentes.

Ainda segundo o sempre lembrado tributarista sem embargo da brecha aberta pela legislação do imposto de renda admitindo a dedução de prejuízo verificado num exercício dos lucros de exercícios subseqüentes, ‘permanece, entretanto, em suas linhas básicas, o princípio da independência dos exercícios financeiros’. (*in* Estudos e Pareceres de Direito Tributário (Imposto sobre a Renda), Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 202).

No mesmo sentido, de há muito já orientava o extinto Tribunal Federal de Recursos:

‘Deduções. Pelo princípio de autonomia dos exercícios financeiros, as despesas efetuadas no exercício da declaração não se prestam a deduções dos rendimentos do ano-base.’ (Ac n. 58.856-MG, Rel. Min. Moacir Catunda, Quinta Turma, Boletim do TFR 80, de 31.5.1985, p. 30).

Portanto, o argumento da impetrante recorrida de que a inadmissão da compensação de prejuízos acumulados constitui tributação do

patrimônio não passa de grande falácia que só aos incautos impressiona.

Sendo assim, indubitável que a compensação em tela não passa de mero favor fiscal, sem qualquer caráter oneroso para o contribuinte, pelo que sua retirada do mundo jurídico não encontra óbice quer no princípio da hierarquia das leis em matéria tributária, quer na hipotética violação ao art. 43 do CTN.

Por fim, cabe registrar que em vista de franquias judiciárias de igual jaez que vêm se multiplicando de forma assustadora, não tardará a derrocada do Estado, pois chegará o dia em que não se conseguirá arrecadar mais um centavo, já que de modo geral predomina hoje, salvo honrosas exceções, o princípio da inconstitucionalidade das leis.”

Desse modo, e em respeito ao Princípio da **Reformatio in pejus**, não tendo sido atacado o fundamento de que é possível a compensação requerida, mas apenas tendo sido alvejado o fato de que a limitação nesta compensação é plausível de acordo com o nosso ordenamento jurídico (CTN), deve prevalecer a decisão monocrática em todos os seus termos.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental em exame, confirmando **in totum** a decisão agravada que deu provimento ao recurso especial e resgatou a conclusão assumida pela sentença.

É como voto.

---

---

## EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 196.335 – SP

(Registro n. 98.0087617-0)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Embargantes: Light Food Bar e Lanches Ltda e Fazenda do Estado de São Paulo

Embargados: Os mesmos

Advogados: Jeremias Alves Pereira Filho e outros e Vera Wolff Bava Moreira e outros

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial – Exame desviado da causa de pedir e pedido – Embargos declaratórios – Desconstituição do acórdão – Inadmissibilidade do recurso – CF, artigo 105, III, alíneas a e c – CPC, artigo 535, I e II – Leis Estaduais nºs 8.198/1992 e 6.374/1984 – Súmula n. 211-STJ.

1. Motivação divorciada do conteúdo do aresto objeto do recurso especial e por manifesto equívoco, desvinculada da natureza da ação e dos fundamentos versados nas instâncias ordinárias, impõe-se a desconstituição do acórdão embargado.

2. Fundamentação assentada na verificação de leis locais sem confronto com lei federal e agregando incidentais comentários de natureza constitucional, não se expõe a exame na via especial.

3. A interposição de embargos declaratórios rejeitados, por si, não afivela o conhecimento (Súmula n. 211-STJ).

4. Embargos acolhidos com efeitos modificativos, desconstituindo o aresto embargado e afirmando a inadmissibilidade, travam processualmente o conhecimento do recurso especial.

5. Acolhimento dos embargos da Fazenda Estadual e prejudicados os articulados pela parte adversa.

## 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, acolher os embargos da Fazenda do Estado de São Paulo e julgar prejudicados os da empresa recorrente na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 14 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 8.3.2000.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Do exame do Recurso

Especial n. 196.335-SP, a Primeira Turma desta Corte, assentou o entendimento, sumariado na ementa, a saber:

“Execução fiscal. Dívida inscrita. Dispensa de pagamento parcial depois de iniciado o processo executivo. Lei Estadual n. 8.198/1992. CTN, art. 204. Portaria CAT/SUB-G n. 1/1993.

1. Certidão de dívida ativa inscrita, englobando o fornecimento de alimentação e bebidas, parcialmente dispensando a Lei n. 8.198/1992 o pagamento de uma das operações, o crédito tornou-se ilíquido e incerto.

2. Sem valia as disposições da Portaria n. 1/1993, estabelecendo percentuais remanescentes para o total da dívida e afetando alíquota, por falta de específica previsão na Lei n. 8.198/1992.

3. Recurso provido.” (fl. 244).

Contra o aresto foram interpostos os embargos de declaração no Light Food Bar e Lanches Ltda, à razão de que não foi determinada “expressamente a condenação da Fazenda a restituir as quantias indevidamente recolhidas a título de ICMS, corrigidas e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês, computados desde o desembolso até o dia do efetivo pagamento, além de condená-la no ônus de sucumbência, a ser fixado no percentual de 10% sobre o montante da condenação”.

Sustentando a existência de erro de fato, a Fazenda Estadual também apresentou embargos de declaração, alega que não existem nos autos, “quaisquer certidões de dívida ativa. O contribuinte adimpliu suas obrigações para com o Fisco a tempo e a hora. Tal situação, **permissa venia**, fugiu ao relatado no voto-condutor do julgamento, ainda mais, parece ser expressa a menção à existência de tais certidões (fl. 236)”.

Continua a Fazenda, ressaltando que essa situação levou a um entendimento diverso do que ocorreu no Tribunal local, “posto que este entendeu pela impossibilidade de serem repetidos os valores pagos, sendo que este egrégio Tribunal trilhou caminho inverso”.

Aduziu que inexistente qualquer execução fiscal **sub judice** e que o aresto foi contraditório ao consignar tratar-se de uma repetitória e posteriormente “aloja a questão pendente na iliquidez de certidão de dívida ativa, no caso inexistente”.

Afirma ainda que o aresto incorreu em omissão, aduzindo:

“Dois argumentos basilares foram utilizados no julgamento local não tendo sido, no julgamento ora embargado, objeto de menção.

A norma indigitada (Lei Estadual n. 8.198/1992) iniciou sua vigência em 15 de dezembro de 1992. Todos os recolhimentos que se pretende repetir são anteriores a tal data.

Assim, a lei não poderia apanhar casos pretéritos, a menos que o fizesse expressamente.

A concessão do favor legal não poderia ser estendida a situações já acabadas. Tratavam-se de atos jurídicos já aperfeiçoados, que não poderiam ser alterados por novel legislação, forma tácita como se pleiteia.

Por outro lado, e para espancar eventuais dúvidas quanto ao direito manifestado na exordial deste feito, a legislação mencionada é expressa ao prescrever, no parágrafo único de seu artigo 3<sup>o</sup>, a impossibilidade de restituição dos valores já recolhidos. Eis o texto:

‘Parágrafo único – disposto neste artigo não se aplica ao fornecimento e à saída de bebidas nê m autoriza a restituição de tributos já recolhidos.’

Se a norma era expressa quanto a este tópico, não poderia ser aplicada de maneira diversa, até em homenagem ao disposto no artigo do CTN, que impede qualquer formação de interpretação de norma tributária que conceda favor de maneira extensiva...” (fl. 255).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Pela métrica do relatório verifica-se que os embargos foram motivados pelo v. acórdão assim resumido:

“Execução fiscal. Dívida inscrita. Dispensa de pagamento parcial depois de iniciado o processo executivo. Lei Estadual n. 8.198/1992. CTN, art. 204. Portaria CAT/SUB-G n. 1/1993.

1. Certidão de dívida ativa inscrita, englobando o fornecimento

de alimentação e bebidas, parcialmente dispensando a Lei n. 8.198/1992 o pagamento de uma das operações, o crédito tornou-se ilíquido e incerto.

2. Sem valia as disposições da Portaria n. 1/1993, estabelecendo percentuais remanescentes para o total da dívida e afetando alíquota, por falta de específica previsão na Lei n. 8.198/1992.

3. Recurso provido.” (fl. 244).

Advieram, primeiro, os embargos da recorrente, à parla do suprimen-  
to de *omissão* (art. 535, II, CPC), averbando que o aresto “... deixou de de-  
terminar expressamente a condenação da Fazenda a restituir as quantias  
indevidamente recolhidas a título de ICMS, corrigidas e acrescidas de ju-  
ros de mora de 1% ao mês, computados desde o desembolso até o dia do  
efetivo pagamento, além de condená-la no ônus de sucumbência a ser fixado  
no percentual de 10% sobre o montante da condenação”. (fl. 251).

Seguiram-se as proposições declaratórias articuladas pela Fazenda  
Estadual, recorrida, pelo itinerário do *erro de fato*, afirmando que inexistem  
“nos presentes autos quaisquer certidões de dívida ativa. O contribuinte  
adimpliu suas obrigações para com o Fisco a tempo e a hora. Tal situação,  
**permissa venia**, fugiu ao relatado no voto-condutor do julgamento. Ainda  
mais, parece ser expressa a menção à existência de tais certidões (fls. 236)...  
Portanto, houve julgamento com base em premissa fática diversa daquela que  
efetivamente ocorreu”. (fl. 254).

A tratar de *omissão*, mencionando a data de vigência da Lei Esta-  
dual n. 8.198/1992 e explicitando o seu artigo 3<sup>o</sup>, parágrafo único, ali-  
nharam que “a lei não poderia apanhar casos pretéritos, a menos que o  
fizesse expressamente”.

O aresto também estaria sob o labéu da *contradição*, porque o “julga-  
do é expresso ao consignar tratar-se de uma repetitória, quando transcreve  
o acórdão prolatado pelo Tribunal Bandeirante à fl. 238. Porém, após tal  
transcrição, aloja a questão pendente na iliquidez de certidão de dívida ativa,  
no caso inexistente”. (fls. 254/255).

Definido o **facies**, percebendo-se que, se acolhidos, os embargos in-  
terpostos pela Fazenda levarão à desconstituição do acórdão, portanto, co-  
locam-se no primeiro plano das verificações.

Assim sendo, à luz dos primórdios dos acontecimentos processuais,  
registra-se que foi ajuizada *ação de repetição de indébito*, no julgamento da

apelação sem provimento, ensejando a constituição de aresto, em resenha, fundamentado conforme a sua *ementa*:

“Ação de repetição de indébito e ICMS.

Recolhimento do ICMS sobre o total da operação. Fornecimento de alimentos e bebidas. Constitucionalidade da Lei n. 6.374/1984, que regulamentou as normas complementares, pertinentes ao recolhimento do ICMS. Lei n. 8.198/1992, que dispensou o pagamento de tributo relativo ao fornecimento de alimentos, não tem efeito retroativo. Improvimento do recurso.” (fl. 122).

Enfim, sem sucesso a demanda que pretendeu a *restituição* das “... quantias por ela indevidamente recolhidas a título de ICM e acessórias...” (item 7 – fl. 5).

Não se tratou, pois de execução fiscal motivadora de embargos do devedor contraditando a liquidez e certeza de título executivo (certidão de dívida ativa).

Por seu turno, sem fugir da natureza da ação (repetição de indébito) e apesar de insistir na ilegalidade da cobrança do ICMS, talhando argumentação vincada em argumentos preponderantemente filiados à Lei n. 8.198/1992 e tecendo considerações sobre a Lei n. 6.374/1984, o recurso especial, a final, reviveu a pretensão básica: a procedência do pedido inicial, “condenando a recorrida a restituir as quantias indevidamente pagas a título de ICMS...” (fls. 169/183).

Nesse contexto, à vista fácil, sublinha-se que se cuidou de ação apropriada à restituição de valores correspondentes ao ICMS recolhido (pago) e não de cobrança forçada (execução) assentada em Certidão de Dívida Ativa inscrita, com embargos contraditando a sua liquidez e certeza após a Lei n. 8.198/1992 e avivando a jurisprudência desta Corte versando o tema.

Desse modo, salta à vista o equívoco sinalado pela determinação: “o Tribunal **a quo** mandou prosseguir embargos à execução fiscal, julgada extinta, diante da Lei n. 8.198/1992...” (fl. 238). Logo, irretorquível que o aresto embargado *desviou-se* dos limites objetivos do julgado, compondo solução divorciada da ação processada, julgada e recorrida.

O fato de que, motivando, seguir os precedentes alinhados no voto-condutor (fls. 238/242), tal como apontou a Fazenda-embargante, por si, sedimenta fortemente que as razões do julgamento têm premissas distanciadas da realidade processual. Indeclinável, pois, que fugidio da finalidade

específica da ação e dos lindes do contraditório, notoriamente o acórdão revela **error in procedendo**.

Por fatal decorrência, constituído com a fundamentação que serviu aos precedentes invocados (parte dispositiva – fl. 242 – *in fine*), notoriamente sem correspondência na ação vertente do recurso especial, cujo julgamento provocou os presentes embargos, *o acórdão deve ser anulado*.

Desconstituído, voltando-se ao **statu quo ante**, de imediato, novamente, urge verificar-se da admissibilidade, ou não, do recurso.

Na enchança, surgida, anota-se que o v. acórdão do egrégio Tribunal **a quo** assentou dois fundamentos básicos: a *irretroatividade* da Lei n. 8.198/1992; a constitucionalidade da Lei n. 6.374/1989. É só conferir:

(...)

“Os ditames da Lei n. 8.198, de 15 de dezembro de 1992, não têm efeito retroativo, conforme a interpretação da autora, em suas razões recursais, vale dizer, que entrou em vigor, na data de sua publicação, portanto, sem qualquer respaldo legal o pedido da autora, que pretende a restituição das quantias, recolhidas a título de ICM, na vigência da Lei n. 6.374/1989.

A Lei n. 8.198/1992, só produziu efeitos, a partir de sua promulgação, que por sua vez, dispensou o pagamento de tributo relativo ao fornecimento de alimentos, até a data de sua publicação (15.12.1992), permanecendo, apenas, a obrigação quanto ao fornecimento de bebidas. Para exigência do tributo, torna-se necessário, que conste da Certidão de Dívida Ativa a diferenciação do mesmo.

Porém, no caso em tela, o pagamento ocorreu em data anterior a sua vigência, o que não autoriza qualquer restituição de quantias já recolhidas.

Na verdade, com a edição da nova lei, apenas houve uma remissão parcial dos tributos, com relação ao fornecimento de alimentos.

Ademais, a Lei n. 6.374/1989, só regulamentou a aplicação das normas complementares, por isso, não há qualquer inconstitucionalidade da lei supra citada, porque, se trata de mera legislação regulamentadora, cuja validade, é indiscutível, porque advém de lei complementar, que lhe é, hierarquicamente, superior.” (fls. 123/124).

Observa-se, ainda, que, além dos fundamentos comemorados, nenhuma

razão foi aduzida estabelecendo confronto entre ditas leis estaduais e lei federal (art. 105, III, **b**, CF).

Ordenadas essas idéias, pontua-se: o v. acórdão cingiu-se ao exame de *leis locais* para concluir pela improcedência do pedido da restituição de indébito e versando incidentais comentários de natureza constitucional.

Por outra guia de análise, é certo que foram interpostos embargos de declaração sustentando a impossibilidade do “efeito retroativo” e acoimando o julgado de estar maculado pela *contradição* (fls. 130/134). Sucedeu que foram rejeitados (fl. 139).

Davante, seja porque, no ponto tratado (irretroatividade) – interpretação do artigo 3<sup>a</sup>, parágrafo único, Lei n. 8.198/1992 –, a questão foi resolvida à força unicamente de *Lei Local* ou à falta de “causa decidida” com a interpretação calcada em confronto com padrão federal ou com base neste, o recurso *não pode ser conhecido*. Não bastante, soma-se que, rejeitados os embargos declaratórios, competia à parte interessada, quando interpôs o recurso especial, argüir contrariedade ou negativa de vigência ao artigo 535, I e II, CPC. Nessa hipótese, então, se provido, a Corte Estadual concretizaria decisão a respeito do tema básico correspondente, nesse prumo efetivando-se o prequestionamento. Faltante essa iniciativa, irradiam-se os efeitos da Súmula n. 211-STJ, impedindo o conhecimento.

Finalmente, na esteira *da divergência* (alínea **c**), primeiramente, não foi invocada, ficando o despique circunscrito à alínea **a** (fl. 167). Em segundo plano, caso se insistisse verificar-se-ia que o precedente lembrado (item 4 – fls. 172/179) tem matriz argumentativa enraizada em ação de natureza diversa, tratando de causa de pedir e pedido diferentes.

Na confluência das razões ordenadas, evidencia-se que o recurso não reúne condições para ser admitido e conhecido.

Por todo o exposto, ficando desconstituído o acórdão embargado e, no exercício definitivo do juízo de admissibilidade, afastando a falsa impressão geradora da decisão proferida no agravo de instrumento (fl. 120 – autos apensados), não admitindo o recurso especial, a final, dele não tomando conhecimento, com os assentados “efeitos modificativos”, *voto acolhendo os embargos* da Fazenda Estadual. Decorrentemente, perderam objeto os embargos da recorrente, ficando prejudicado o respectivo exame.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE  
SEGURANÇA N. 8.756 – GO**

(Registro n. 97.0051774-8)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Anderpa – Distribuidora e Atacadista de Alimentos Ltda

Advogados: Heloísa Helena Antonácio Monteiro e outros

Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Impetrados: Secretário de Fazenda do Estado de Goiás e Diretor da Receita Estadual da Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás

Recorrido: Estado de Goiás

Advogados: Maria das Graças Almeida Borges e outros

**EMENTA:** Tributário – ICMS – Cobrança pelo regime de substituição tributária – Possibilidade – Base de cálculo por estimativa – Admissibilidade – Precedentes – Recurso improvido.

I – É legítima a cobrança antecipada do ICMS pelo regime de substituição tributária, sendo a base de cálculo do imposto estabelecida por estimativa.

II – Inteligência do art. 155, § 2º, XII, b, da CF/1988, do art. 34, § 8º, do ADCT, do Convênio ICMS n. 66/1988, do art. 121 do CTN e do Decreto-Lei n. 406/1968, com a redação dada pela Lei Complementar n. 44/1983.

III – Precedentes da Seção de Direito Público do STJ: EREsp n. 37.361-SP, EREsp n. 35.958-SP, EREsp n. 56.770-SP e EREsp n. 59.513-SP.

IV – Não provimento do recurso.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 4 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DELGADO, Presidente.

Ministro FRANCISCO FALCÃO, Relator.

---

Publicado no DJ de 8.5.2000.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: O Ministério Público Federal, através do Subprocurador-Geral Antônio Augusto César, assim resumiu a espécie, **in verbis**:

“Trata-se de mandado de segurança impetrado contra a cobrança de ICMS antes da ocorrência do fato gerador, mediante substituição tributária, por força do Convênio n. 66/1988 e Instrução Normativa n. 238/1995, expedida pelo Secretário da Fazenda do Estado de Goiás com a finalidade de regulamentar o Código Tributário do Estado de Goiás.

Negada a liminar foi, também no mérito, denegada a ordem pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, para o qual a questão da inconstitucionalidade do Convênio n. 66/1988 está superada diante das disposições introduzidas na CF, art. 150, § 7<sup>a</sup>, pela EC n. 3/1993. Demais disso, ainda que assim não fosse, não seria o mandado de segurança o meio adequado para demonstrá-la.

Inconformada, a impetrante recorreu ordinariamente, pelo permissivo constitucional” (fls. 253/254).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator): Permito-me, no mérito, a adotar os fundamentos do bem lançado parecer ministerial:

“A anterior legislação a propósito do tema aqui versado, em especial sob a égide da revogada Carta Constitucional de 1967, impunha a definição do momento do fato gerador incluir-se dentro da competência tributária, aí, contudo, não se enquadrando as ‘funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar lei, serviços, atos ou divisões administrativas’. Delegáveis tais atos, era, sem embargo, indelegável o da fixação do momento da ocorrência do fato, nos exatos termos do art. 7º do CTN.

Não fosse isso o bastante, também a nível de norma complementar, havia o Decreto-Lei n. 406, de 31.12.1968, editado sob a égide do Ato Institucional n. 5, que, ao estabelecer regras gerais aplicáveis ao ICM, estatuiu que seu fato gerador ocorria num momento determinado da relação temporal, a saber, o da entrada da mercadoria no estabelecimento do importado (art. 1º). Ora, exigindo a Constituição então vigente que as normas gerais de direito tributário fossem regulamentadas por lei complementar, qualquer outra legislação anterior e posterior ao momento excepcional do Ato Institucional n. 5 havia de guardar essa formalidade como requisito essencial de sua eficácia. Não tendo a SRF 54/81 forma de lei complementar, era ineficaz quanto ao resultado de fixar o momento de ocorrência do fato gerador diverso do da lei.

Não permanecem, todavia, os mesmos princípios, agora, sob a vigência da novel ordem constitucional. Bem de ver que no artigo 155, § 2º, não há menção ao momento da ocorrência do fato gerador, sequer subordinado a lei complementar sua definição, posto que tal hipótese não se acha dentre as expressa ou implicitamente contempladas pelo inciso XII.

Inobstante, prevê o art. 34, § 8º, das Disposições Transitórias, que a instituição do ICMS dependa de norma complementar e que, até que essa venha a existir, terá igual força, o convênio firmado entre os Estados, nos termos ali fixados.

Dito convênio veio, de fato, a ser firmado entre os Estados, ganhando o número 66/1988.

Certo, pois, que houve modificação no que toca à legislação anterior. A nova lei, ou convênio com força equivalente, passou a fixar o momento da ocorrência do fato gerador. A seu turno, autorizado pelo disposto no art. 34, § 3º, aos Estados-membros ficou assegurado legislar sobre a matéria, vez que a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados,

conforme expressado no texto do art. 24, § 2º, da Constituição, que, ainda, prossegue, **in verbis**:

‘...’

§ 3º. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena para atender às suas peculiaridades.

§ 4º. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.’

Nesse sentido sedimentou-se a jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça, de que são exemplos os arestos:

‘Tributário. ICMS. Operações de vendas de cimento. Antecipação do recolhimento. Regime de substituição tributária. ADCT, art. 34, § 8º. Decreto-Lei n. 406/1968.

1. Assoalhou-se a legalidade da exigência de antecipado recolhimento do ICMS, nos lindes da substituição tributária.

2. Jurisprudência harmonizada em embargos de divergência.

3. Recurso provido.’

(STJ, Primeira Turma, REsp n. 110.362/1996-SC, Ac n. 64.329, DJ de 26.5.1997, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

‘Tributário. ICMS. Cobrança pelo regime de substituição tributária. Possibilidade. Base de cálculo por estimativa. Admissibilidade. Precedentes. Recurso improvido.

I – É legítima a cobrança antecipada do ICMS pelo regime de substituição tributária, sendo a base de cálculo do imposto estabelecida por estimativa.

II – Inteligência do art. 155, § 2º, XII, **b**, da CF/1988, do art. 34, § 8º, do ADCT, do Convênio ICMS n. 66/1988, do art. 121 do CTN e do Decreto-Lei n. 406/1968, com a redação dada pela Lei Complementar n. 44/1983.

III – Precedentes da Seção de Direito Público do STJ: EREsp n. 37.361-SP, EREsp n. 35.958-SP, EREsp n. 56.770-SP e EREsp n. 59.513-SP.

IV – Recurso ordinário constitucional improvido.’

(STJ, Segunda Turma, ROMS n. 4.844/1994-TO, DJ de 10.3.1997, Rel. Min. Adhemar Maciel).

‘Tributário. ICMS. Substituição tributária. Medicamentos. Farmácias e drogarias. Pagamento antecipado.

1. A jurisprudência das Primeira e Segunda Turmas estão assentadas, com apoio da Primeira Seção, no entendimento de que a exigência de pagamento antecipado, via substituição tributária, não é ilegal.

2. Com o pagamento antecipado não ocorre recolhimento do imposto antes da ocorrência do fato gerador. O momento da incidência do tributo fixado por lei não se confunde com a cobrança do tributo.

3. O sistema de substituição tributária não agride ao ordenamento jurídico tributário.

4. Recurso improvido.’

(STJ, Primeira Turma, REsp n. 104.806/1996-SP, Ac. n. 52.747, DJ de 16.12.1996, Rel. Min. José Delgado)” (fls. 254/257).

Assim sendo, na esteira da pacífica jurisprudência desta egrégia Corte, conheço e nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

---

---

## RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.229 – SE

(Registro n. 98.0074035-0)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira  
Recorrente: Indústria Nordeste de Calcário S/A – Inorcal  
Advogada: Glícia Thaís Salmeron de Miranda Vieira  
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado de Sergipe  
Recorrido: Estado de Sergipe  
Advogados: Roberto Eugênio de Fonseca Porto e outros

**EMENTA:** Tributário – Execução fiscal – Penhora de bens suficientes – Embargos com efeito suspensivo – Certidão negativa de débito – Constituição Federal, artigo 5º, XXXIV, b – CTN, artigos 151, II, 205 e parágrafo único e 206.

1. A penhora, por si, garante a execução e, com efeito suspensivo, seguindo-se os embargos à execução, imanta situação favorável à obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa, revelando que, efetivada a constrição judicial, já estão acautelados os interesses e garantia da cobrança forçada. Daí, o direito do contribuinte obter a certidão positiva com efeitos de negativa.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. 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 Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 2 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 28.2.2000.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Trata-se de recurso ordinário interposto pela parte interessada contra o v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe abreviado na ementa:

“– Mandado de segurança. Tributário. Arrecadação antecipada. Legalidade. Execução fiscal. Embargos. Suspensividade somente da execução fiscal. Certidão negativa. Impossibilidade de fornecimento. Segurança denegada.

– Sendo legal a fiscalização e a arrecadação antecipada do ICMS, denega-se a segurança porque o ato tido como ilegal conforma-se à lei que disciplina a matéria.

– Os embargos opostos em face de execução fiscal, diz referência e suspende somente aquela execução.

– Havendo débito fiscal, fica a autoridade impetrada impossibilitada de fornecer certidão negativa.

– Mandado de segurança denegado.

– Decisão unânime.” (fl. 189).

O mandado de segurança foi impetrado contra ato do Sr. Secretário da Fazenda, objetivando “fosse obedecida a norma processual que assegure seja dado o efeito suspensivo quando da interposição dos embargos à execução, sem que seja obrigada a figurar como devedora do Estado até que seja decidido naquele remédio jurídico da existência ou inexistência do crédito ao Erário estadual.” (fl. 196).

O recorrente aduziu: (fls. 196/199).

“... Na verdade punida é a recorrente por corajosamente lutar em favor do direito que lhe é assegurado de se creditar com a devida correção monetária de créditos extemporâneos, conforme largamente explana na peça vestibular, demonstrando ali a certeza de que a matéria precisa ser definida, para posteriormente, e após favorecido o Estado de Sergipe, possa o mesmo se utilizar através da autoridade coatora de quaisquer meios corretivos em detrimento da recorrente.

Entretanto esse não foi o procedimento adotado pelo recorrido, que de forma abusiva impõe através da norma mencionada o pagamento antecipado do diferencial de alíquota, como se devedora fosse a recorrente, negando-se inclusive a fornecer certidões negativas, mesmo sabedora da inexistência de outros autos de infração e conseqüentes débitos.

Para inibir e proibir a abusividade do ato, buscou a recorrente a tutela jurisprudencial, sem contudo alcançar o direito perseguido, face

a interpretação diversa dada pelos ilustres Julgadores **a quo**.” (fls. 196/197).

Requer:

“... seja reconhecido o direito da recorrente e após examinado o mérito da questão dê ‘provimento ao recurso ordinário interposto’, reformando o venerável ‘acórdão’ prolatado pelo ‘egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe’, para como consequência determinar seja obedecido o dispositivo processual que dá aos embargos o efeito suspensivo e por conseguinte inibe a cobrança antecipada do tributo nos termos que se adota, face a suspensão do auto de infração discutido referente a correção monetária do crédito extemporâneo, bem como sejam expedidas as certidões negativas necessárias até ulterior julgamento daquela lide...” (fl. 199).

Não foram apresentadas contra-razões (certidão, fl. 201v.).

O douto Ministério Público Federal manifestou-se em parecer exarado às fls. 207/208, **verbis**:

“A execução fiscal que, a princípio agrava a situação do devedor, pode implicar no contrário, beneficiando-o com a possibilidade de obter a certidão positiva de débitos com efeitos de negativa (CTN, art. 206). Tal configura um reflexo da própria penhora (fl. 102), levada a termo no processo executório, cuja função primeira é, justamente, garantir a execução (cf. REsp n. 99.653-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, decisão unânime, DJU de 23.11.1998, p. 162).

Nesse caso, os interesses que a certidão positiva visa a tutelar já estão preservados, inexistindo justificativa plausível para a negativa do Poder Público em oferecer declaração na qual essa circunstância fique explicitada. Até porque o direito de obter certidões em repartições públicas, ‘para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal’ foi alçado, no ordenamento jurídico pátrio, à categoria de garantia fundamental, insculpida no art. 5<sup>ª</sup>, XXXIV, **b**, da CF/1988.

Do exposto, opina o Ministério Público Federal pelo parcial provimento do recurso, concedendo-se a ordem para a exclusiva finalidade de viabilizar a obtenção, em favor da impetrante, de certidão positiva de débitos com efeitos de negativa.” (fl. 208).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Na comemoração dos primórdios da questão jurídico-litigiosa revive-se que, em mandado de segurança, tratando do recolhimento antecipado do ICMS, o despique volta-se contra v. acórdão, assim resumido:

“– Mandado de segurança. Tributário. Arrecadação antecipada. Legalidade. Execução fiscal. Embargos. Suspensividade somente da execução fiscal. Certidão negativa. Impossibilidade de fornecimento. Segurança denegada.

– Sendo legal a fiscalização e a arrecadação antecipada do ICMS, denega-se a segurança porque o ato tido como ilegal conforma-se à lei que disciplina a matéria.

– Os embargos opostos em face de execução fiscal, diz referência e suspende somente aquela execução.

– Havendo débito fiscal, fica a autoridade impetrada impossibilitada de fornecer certidão negativa.

– Mandado de segurança denegado.

– Decisão unânime.” (fl. 189).

A manifestação recursal merece ser admitida e conhecida (art. 105, II, b, CF).

Sob a réstia das anunciações delineadas, ao fundo e cabo, o exame alforriado prende-se à verificação de ofensa ao direito líquido e certo da impetrante na obtenção de certidão negativa de débitos.

Definido o *facies*, versando a temática sumariada, ganha significativo espaço registrar a existência de embargos do devedor, por si, com efeito suspensivo da execução (cert. fl. 18), via de consequência, tornando inexigíveis os créditos tributários. É certo que não obstaculiza atos da fiscalização. Mas, como aduziu o Ministério Público Federal, textualmente:

“A execução fiscal que, a princípio agrava a situação do devedor, pode implicar no contrário, beneficiando-o com a possibilidade de obter a certidão positiva de débitos com efeitos de negativa (CTN, art. 206). Tal configura um reflexo da própria penhora (fl. 102), levada a

termo no processo executório, cuja função primeira é, justamente, garantir a execução (cf. REsp n. 99.653-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, decisão unânime, DJU de 23.11.1998, p. 162).” (fl. 208).

De efeito, o precedente lembrado no parecer ministerial, cônsono o sumário da sua fundamentação, explicitou:

“Tributário. Certidão positiva com efeitos de negativa. Penhora de bens suficientes.

A execução fiscal que, em princípio, agrava a situação do devedor pode, ao revés, beneficiá-lo com a possibilidade de obter a certidão positiva com efeitos de negativa (CTN, art. 206); trata-se de um efeito reflexo da penhora, cuja função primeira é a de garantir a execução – reflexo inevitável porque, suficiente a penhora, os interesses que a certidão negativa visa acautelar já estão preservados. Mas daí não se segue que, enquanto a execução fiscal não for ajuizada, o devedor capaz de indicar bens suficientes à penhora tenha direito à certidão positiva com efeito de negativa, porque aí os interesses que a certidão negativa visa tutelar estão a descoberto. A solução pode ser outra se, como no caso, o contribuinte antecipar a prestação da garantia em Juízo, de forma cautelar. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 99.653-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, in DJU de 23.11.1998).

Na confluência da exposição, quanto à pretensão deduzida, parcialmente, *voto provendo o recurso*, apenas reconhecendo o direito à *certidão positiva de débitos com efeitos de negativa*.

É o voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 123.719 – SP

(Registro n. 97.0018235-5)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira  
Recorrente: Calçados Samello S/A  
Advogado: Plínio Gustavo Prado Garcia

Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo  
Advogados: Áurea Lúcia Antunes Salvatore Schulz Frehse e outros  
Sustentação oral: Plínio Gustavo Prado Garcia (pela recorrente)

**EMENTA:** Tributário e Processual Civil – ICMS – Vendas a prazo – Base de cálculo – Crédito extemporâneo – Correção monetária – CF, artigos 5º, **caput**, 155, II, e § 2º, I – CTN, artigos 97 e II, 110 e 166 – Convênio ICMS n. 66/1988 – Súmulas n. 83 e 211-STJ.

1. Sem sucesso os embargos declaratórios, a parte deve argüir, na via especial, ofensa ao artigo 535, I e II, CPC, favorecendo ocasião à efetivação do prequestionamento (Súmula n. 211-STJ).

2. A discrepância entre a legislação estadual e o Convênio ICMS n. 66/1988, na alcatifa de preponderante base da inconstitucionalidade, basicamente reclama solução pelo Supremo Tribunal Federal.

3. Precedente jurisprudencial específico.

4. Recurso não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, *não conhecer do recurso*, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 14 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 8.3.2000.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, foi interposto recurso especial, mal ferindo o v. aresto do colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Direito Público. Tributário. ICMS. Vendas a prazo. A legislação não distingue as operações mercantis de venda a prazo. Matéria irrelevante à ocorrência do fato gerador do tributo. Inocorrência de violação aos princípios infra e constitucionais.” (fl. 126).

Os embargos de declaração apresentados foram rejeitados, nos termos da ementa, a saber:

“Direito Público. Embargos de declaração. As alegações de prequestionamento e de omissão não podem embutir o intuito infrinvente.” (fl. 148).

A recorrente objetiva, em síntese, a “declaração de inexistência de relação jurídico-obrigacional e, de outro, declaração assegurando-lhe o direito à compensação escritural de créditos decorrentes da incidência do ICMS sobre a parcela de correção monetária pré-estimada nas suas vendas a prazo, como se as vendas houvessem sido à vista, adotando-se nesse creditamento extemporâneo, pelo menos, o mesmo critério de atualização monetária adotado pela recorrida, quando credora, respeitada a prescrição tributária”.

Sustenta negativa de vigência aos artigos 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup>, 4<sup>a</sup>, inciso I, 515, 516 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil, 97, inciso II e §§ 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup>, e 110, do Código Tributário Nacional e 28 do Convênio ICMS n. 66/1988.

Nas contra-razões, a Fazenda Estadual, abordou não se tratar apenas de um pedido declaratório, mas sim de “repetição do que entende indevido”. Afirma que não houve contrariedade ao princípio da não cumulatividade. Ressalta:

“No caso de repetição de tributos que há transferência do encargo econômico, como no ICMS, só poderia ocorrer repetição de indébito se a autora houvesse provado a autorização dos contribuintes de fato para requerer a devolução do indébito, ou que assumiu o ônus econômico do tributo. Essa é a disposição expressa do artigo 166 do CTN, que aliás, foi sufragado pela Súmula n. 546 do STF...”

**omissis**

“Em verdade, a restituição pretendida pela recorrente, ainda que na forma de creditamento extemporâneo do tributo que entende ter pago a maior refere-se ao ICMS que, notoriamente se apresenta

inserido na classificação dos chamados impostos indiretos tendo como característica a possibilidade de transferir o ônus fiscal para terceiros, consumidores da mercadoria objeto da operação e reais contribuintes do imposto, por previsão legal e através do mecanismo dos preços.

Dessa forma, não possui legitimidade ativa para pedir a restituição, já que estaria se ressarcindo de algo que efetivamente não pagou, sob pena de configurar-se locupletamento indevido às custas de outrem.” (fls. 265/266).

No mérito acentuou que “mesmo nas ‘vendas a prazo’ o ‘valor da operação’ é conhecido desde logo, quando efetivada a ‘operação’ tributada, nada obstando que na base de cálculo do tributo sejam considerados todos os custos que compõem este ‘valor’”.

Foi também interposto recurso extraordinário, não admitido na origem, o que provocou a interposição de agravo de instrumento.

Porque “a matéria controvertida foi satisfatoriamente exposta na petição de interposição e devidamente examinada pelo acórdão, estando atendido, portanto, o requisito do prequestionamento”, o ilustre 4<sup>a</sup> Vice-Presidente, em substituição do Tribunal **a quo**, admitiu a via especial.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): A leitura da manifestação recursal esclarece que, a tratar de venda a prazo, em ação declaratória, versando a inexistência de relação obrigacional referenciando o recolhimento antecipado do ICMS e a existência de direito à correção monetária, negando provimento à apelação, o venerando acórdão sumariou:

“Direito Público. Tributário. ICMS. Vendas a prazo. A legislação não distingue as operações mercantis de venda a prazo. Matéria irrelevante à ocorrência do fato gerador do tributo. Inocorrência de violação aos princípios infra e constitucionais.” (fl. 126).

Sem sucesso os embargos declaratórios, foi elaborado recurso especial, com amarras no artigo 105, III, **a**, Constituição Federal, apontando como violados os artigos 97 e inciso II, 110 e 166, CTN, e, ainda, negativa de vigência ao artigo 28 do Convênio ICMS n. 66/1988 (item II, fls. 217/222).

Como primeiro lance no círculo processual da admissibilidade, comporta, observar que, na articulação dos *embargos declaratórios*, claramente, foi solicitada a complementação do aresto embargado, enfatando os padrões legais apontados como malferidos (fls. 137/144). Aconteceu que, por inteiro, os embargos foram rejeitados (fls. 148/150).

A bem se ver, rejeitados, em tese o v. acórdão continuou maculado e, portanto, sob o crivo de acenada nulidade (fl. 143). Ora, nessa perspectiva, competia à recorrente argüir no recurso sob exame de violação ao artigo 535, I e II, CPC, a fim de que, se provido, então, o egrégio Tribunal a **quo** assoalhasse *causa decidida* (art. 105, III, CF): é dizer, ficando definitivamente o necessário prequestionamento. Todavia, faltante a referida iniciativa, espraiam-se os efeitos da Súmula n. 211-STJ.

Demais disso, anota-se que a fundamentação básica do aresto desafiado tem por vigas mestras a interpretação da *legislação local e princípios de natureza constitucional*, prumos indicativos da inadequação da via especial (fls. 129/132).

É o bastante para não ser conhecido o recurso.

Porém se a cismeira perturbar o convencimento, deixando à deriva as asserções feitas, contrariamente à pretensão recursal, em precedentes que enfrentou a mesma argumentação posta neste recurso, ficou estadeada compreensão desta Corte, textualmente:

“A eventual colisão dos artigos 97 e 110 do Código Tributário Nacional com normas do Convênio ICMS n. 66, de 1988, se resolvem a favor destas; tendo aquele e este força de lei complementar, prevalece a regra jurídica posterior. Já o eventual descompasso entre os artigos 97 e 110 do Código Tributário Nacional com o disposto na Lei n. 6.374, de 1989, do Estado de São Paulo, só pode ser dirimido em juízo de inconstitucionalidade, vedado em recurso especial.

Também ‘quebra’ do princípio constitucional da não cumulatividade só pode ser reconhecida em recurso extraordinário, em razão da matéria.

O acórdão recorrido deixou de autorizar a compensação extemporânea de créditos, porque não reconheceu a existência desses créditos, tudo sem qualquer ofensa ao artigo 28 do Convênio ICMS n. 66, de 1988.

O presente recurso especial não pode, portanto, ser conhecido, e

a melhor justificativa desta conclusão está nas próprias razões de fls. 134/165, cujo conteúdo critica a legislação infraconstitucional, não a aplicação que lhe deu o julgado, **in verbis**:

‘A legislação pertinente a esse imposto tem como sua base de cálculo o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria (art. 2<sup>a</sup>, inciso I, do Decreto-Lei n. 406/1968, de eficácia de lei complementar, reproduzido na lei e respectivo regulamento estadual).

Não há, portanto, *quando deveria haver*, qualquer diferenciação entre preço de venda à vista e preço de venda a prazo para efeitos tributários.

*Não havendo tal distinção*, verifica-se que a autora sempre foi obrigada a recolher o ICM/ICMS computado sobre o valor de tais operações de saídas de mercadoria ocorridas dentro de um mesmo período de apuração do imposto, efetuando o recolhimento mensal em prazo comum a ambos os tipos de operação.

Assim, *a legislação do ICM/ICMS jamais contemplou a possibilidade de a autora diferir no tempo o recolhimento do imposto como se para cada duplicata a vencer, nas vendas a prazo, houvesse ocorrido uma operação de saída ficta de mercadoria, pelo valor correspondente ao constante de cada uma dessas duplicatas.*’ (REsp n. 83.741-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, **in DJU** de 1.12.1997).

Eis a ementa do julgado:

‘– Tributário. ICMS. Vendas a prazo. Base de cálculo.

Eventual discrepância entre a legislação estadual e o Convênio ICMS n. 66, de 1988, se resolve em juízo de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal. Recurso especial não conhecido.’”

Essa construção, por si, é atrativa dos efeitos da Súmula n. 83-STJ.

Concluída a exposição, seja por um ou na esteira de todos os fundamentos, reavivada e incorporada a fundamentação do precedente comemorado, *voto pelo não conhecimento do recurso.*

É o voto.

## VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: A recorrente formulou, em 1ª grau, no âmbito do que denominou ser ação declaratória, os seguintes pedidos (fls. 126/129):

“a) a inexistência de relação jurídico-obrigacional entre autora e ré que autorizasse, no período não prescrito, ou que ainda autorize a ré a exigir ou cobrar à autora, antecipadamente, ICM/ICMS sobre a parcela correspondente à correção monetária no valor de suas vendas a prazo, envolvendo saída de mercadorias em operações não isentas;

b) a inexistência de relação jurídica entre a ré e autora, autorizando a autora (em virtude dos indévidos recolhimentos antecipados de ICM/ICMS incidente sobre as parcelas de correção monetária pré-fixada ou pré-estimada nas suas vendas a prazo, no período não prescrito) a creditar-se, desde já, escritural e extemporaneamente, e por valor atualizado desde cada pagamento e até cada creditamento (compensação escritural) do montante pago a maior do dito imposto, durante tal período não prescrito, valendo-se nesse procedimento, na pior das hipóteses, dos mesmos critérios oficiais de atualização monetária adotados pela ré;

c) que, para os efeitos da alínea anterior e da alínea e infra, o cálculo do pagamento a maior a ser objeto de compensação se fará escrituralmente, à vista da escrituração contábil-fiscal da autora, conforme documentos em seu poder, facultado à ré o pleno direito de fiscalizar a exatidão dos montantes assim compensados;

d) ter a autora o direito de manter atualizados monetariamente seus créditos, seja qual for a denominação da moeda corrente do País, adotando-se, na falta de índice fiscal (oficial) de atualização monetária, qualquer outro publicamente admitido e reconhecido, entre eles o IPC/FIPE ou INPC/IBGE;

e) que, assim, está a autora no direito de agir exatamente como pleiteia nos itens 27 e 28, supra, em especial quanto aos créditos que forem gerados a partir da propositura desta ação, decorrentes da incidência do ICMS sobre correção monetária em suas vendas a prazo.” (fls. 9/10).

O juízo monocrático considerou improcedentes os referidos pedidos,

o que foi, integralmente, confirmado pelo acórdão recorrido, com base nos fundamentos seguintes (fls. 129/132):

“2. A legislação sobre ICM/ICMS não diferencia operações de vendas à vista e a prazo, uma vez que o fato gerador é a circulação de mercadorias, nos termos do art. 155, II, CF/1988.

A circunstância dessa indistinção, por exemplo, na Lei Estadual n. 6.374/1989, não ofende ao princípio constitucional da inacumulatividade (art. 155, § 2º, I, CF/1988), até porque o diploma estadual contém o instrumental para a compensação do imposto destacado da nota comprobatória da operação mercantil.

Outrossim, não se divisa desobediência ao princípio da isonomia, pois a tributação ocorre do mesmo modo para os contribuintes, tornando-se despicienda aquela divisão entre vendas à vista e a prazo; e a lei estadual, por seu lado, precisamente em face da normatividade constitucional a respeito, não deveria fazê-la, eis que seria uma corrigenda sobre o comportamento legislativo, isto é, o que não foi legislado. Nesses moldes, não se haverá de cogitar da quebra do princípio da reserva legal (arts. 5º, **caput**, II, CF/1988, 97 do Código Tributário Nacional, LE n. 6.374/1989 e Convênio ICMS n. 66/1988), bem preservado.

A fonte desse conjunto, a partir de 1988, é o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por inedição de lei complementar acerca da instituição do novel sistema tributário no país, suprida pelo Convênio ICMS n. 66/1988 (art. 34, § 8º).

Diante disso, advieram a Lei Estadual n. 6.374/1989 e o Decreto Estadual n. 33.118/1991 (RICMS), de função de a esta regulamentar (art. 116) quanto à escrituração fiscal e à emissão de nota de venda.

Dessarte, a incidência do ICMS se verifica na saída do estabelecimento do contribuinte, por qualquer título, tendo como base de cálculo o valor da operação (arts. 2º, V, Convênio ICMS n. 66/1988, 2º, I, LE n. 6.374/1989, 4º, III, Convênio ICMS n. 66/1988, e 24, I, da LE n. 6.374/1989).

A diferença sustentada pela apelante, portanto, entre vendas à vista e a prazo, embutida nesta a projeção futura de correção monetária, tudo repassado, via de regra, ao consumidor final, em nada interfere

nos princípios alhures focalizados, e muito menos no surgimento do fato gerador e da base de cálculo. Os demais pedidos formulados na inicial estão prejudicados, por serem mera consequência do versado sobre a inexistência de relação jurídico-tributária, que, por igual, exclui a compensação e a disfarçada repetição, esta agravada pelo descumprimento do artigo 166 do Código Tributário Nacional. Ademais, nenhuma a violação dos artigos 5º, LIV, 150, IV e 97, II, da CF/1988 e Código Tributário Nacional, respectivamente.

A propósito, da Apelação Cível n. 262.719-2/0, sobre espécie idêntica, e tangente aos princípios infra e constitucionais aqui abordados, com relato do Desembargador Afonso Faro, extrai-se, dentre outros, o excerto que segue:

‘não foram maculados pelo recolhimento do ICMS, sobre valores que, na verdade, são criados pela sistemática especulativa de se incluir previsão inflacionária nos preços a prazo. As expectativas inflacionárias não são fato gerador do ICMS, mas a circulação...’

Em suma, tributada a indispensável venia ao nobre patrono, nega-se provimento à apelação, restando confirmado o decisório por seus fundamentos, coadjuvados pelos ora expendidos e aqueles trazidos pela ré: inócurre afronta aos dispositivos infra e constitucionais então citados.”

A empresa ora recorrente, na oportunidade processual que lhe foi oferecida, apresentou embargos de declaração, pretendendo manifestação sobre: a) o direito à compensação escritural extemporânea e atualizada; b) a aplicação, ao caso, dos arts. 97, II, § 1º, 110 e 166, do CTN; c) idem do art. 4º, do CPC; d) idem dos arts. 5º, **caput**, e LVXXVII, § 2º, LIV, LV, 93, IX, 150, IV, 154, II, **b**, da CF/1988.

Os embargos de declaração foram rejeitados. Considerou-se como contendo pretensão infringente do julgado.

O recurso especial interposto apontou como violados os arts. 1º, 2º, 4º, inc. I, 515, 516 e 535, II, do CPC, e 97, II, e §§ 1º e 2º, e 110, do CTN, bem como o art. 28 do Convênio ICMS n. 66/1988.

O eminente relator não conheceu do recurso especial por alegar, essencialmente, haver o acórdão colhido matéria jurídica de cunho constitucional para improver a apelação.

Acompanho o entendimento do nobre relator.

O exame do aresto hostilizado demonstra que a base da fundamentação desenvolvida está na compreensão firmada sobre os arts. 5<sup>a</sup>, LIV, 97, II, 150, IV, 155, II.

A referência aos dispositivos infraconstitucionais não ganharam autonomia. Eles foram interpretados e aplicados com vinculação às regras constitucionais supra-referida.

Por outro ângulo, não há infringência ao art. 535, II, do CPC. O acórdão dos embargos declaratórios bem esclarece qual o alcance da motivação desenvolvida no aresto embargado. A entrega da prestação jurisdicional ocorreu, portanto, sem omissão, contradição ou obscuridade.

Isto posto, não conheço, como o fez o eminente relator, do presente recurso especial.

É como voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 205.847 – RJ

(Registro n. 99.0018462-9)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros  
Recorrente: Estado do Rio de Janeiro  
Advogados: Maria Latge Mamheimer e outros  
Recorridos: Gedalva dos Santos Gomes e outros  
Advogado: Henrique Czamarka

**EMENTA:** Responsabilidade civil – Morte do pai – Pensão devida ao filho mental e fisicamente são – Termo final – Vinte e cinco anos.

A obrigação de dar pensão, pela morte do pai, ao filho menor, cessa quando este completar vinte e cinco anos. Tal regra incide apenas quando o pensionário é física e mentalmente são.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da

Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Delgado e Garcia Vieira. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Francisco Falcão.

Brasília-DF, 16 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DELGADO, Presidente.

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

---

Publicado no DJ de 8.3.2000.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: V. acórdão recorrido deslindou ação de indenização por morte do marido, morto em explosão de loja onde se vendiam fogos de artifício. O Estado recorrente foi condenado, em solidariedade com outros litisconsortes passivos.

A sentença foi confirmada pelo aresto ora recorrido, que, entretanto, excluiu a condenação em juros compostos.

Houve embargos declaratórios, nos quais o Estado do Rio de Janeiro pleiteou se estabelecesse como termo final da obrigação de pagar pensão aos filhos do casal, o momento em que estes completarem vinte e um anos de idade. Os embargos foram rejeitados, com a afirmação de que a único limite cronológico ao pensionamento é a data em que a vítima do acidente completaria sessenta e cinco anos de idade.

O recurso especial, montado na alínea c, traz a confronto acórdãos formados no Superior Tribunal de Justiça, fixando em vinte e quatro anos a idade até a qual cada um dos filhos terá direito a pensão.

Este, o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O apelo merece conhecimento, pela divergência. Com efeito, o acórdão recorrido assevera que a obrigação de pagar pensão ao filho menor somente findará, na data em que a vítima do acidente completaria sessenta e cinco

anos. Já os arestos paradigmas (REsp n. 45.495 – Zveiter e Resp n. 94.538 – Naves) admitem um termo alternativo: o vigésimo quarto aniversário do beneficiário da pensão. Esta jurisprudência continua firme. Com efeito, em recente assentada, a Terceira Turma proclamou:

“1. A culpa tanto pode ser civil como penal. A responsabilidade civil não depende da criminal. Conquanto haja condenação penal, tal não impede se reconheça, na ação civil, a culpa concorrente da vítima. O que o art. 1.525 do Código Civil impede é que se questione sobre a existência do fato e de sua autoria.

2. Em caso de dano material, a obrigação de pensionar finda aos vinte e quatro anos. Precedentes do STJ: REsps n. 61.001, DJ de 24.4.1995 e 94.538, DJ de 4.8.1997.

3. De acordo com o relator, é cabível a reversão da pensão aos demais beneficiários (Súmula n. 57-TFR e REsp n. 17.738, DJ de 22.5.1995). Ponto, no entanto, em que a Turma, por maioria de votos, entendeu não configurado o dissídio.” (REsp n. 83.889 – Nilson).

Dou provimento ao recurso, para estabelecer como termo final das prestações devidas a cada um dos autores, filhos da vítima, os respectivos aniversários de vinte e cinco anos. Evidentemente esta regra aplica-se tão-somente quando o pensionário é física e mentalmente são.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 207.998 – RS

(Registro n. 99.0022844-8)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros  
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Advogados: José Alexandre P. Nunes e outros  
Recorrida: Chapeação e Pinturas Bizzi Ltda – Microempresa  
Advogado: Berto Rech Neto

**EMENTA:** Processual – Execução – Sentença que outorga a faculdade de compensar crédito tributário – Opção do contribuinte

pelo processo executivo – CPC, art. 743, III – Falta de interesse do devedor.

I – Decisão judicial que permite ao contribuinte recuperar indébito tributário, mediante compensação. Tal decisão, longe de estabelecer forma de execução, outorgou uma faculdade ao credor: compensação não é modo de executar sentença, mas simples fenômeno pelo qual extinguem-se as dívidas simétricas.

II – Não há ofensa ao art. 743, III, do Código de Processo Civil, se o contribuinte, em lugar de levar à compensação seu crédito por exação indevida, prefere recuperá-lo em processo de execução contra o Estado.

III – A compensação é o modo mais eficaz de repetir-se tributo pago indevidamente. Em contrapartida, o processo de execução constitui método lento e doloroso de recuperar exações indevidas.

IV – Em sendo o processo de execução mais cômodo para o Estado que a compensação, carece este de interesse para recorrer contra decisão que permitiu ao contribuinte optar pela execução.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Garcia Vieira. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.

Brasília-DF, 18 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente.

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

---

Publicado no DJ de 21.2.2000.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Adoto como relatório, o sucinto voto-condutor do acórdão recorrido, nestes termos:

“Segundo depreende-se dos documentos anexados ao recurso, a agravada ajuizou ação de repetição de indébito para haver a devolução da contribuição social recolhida com base nas Leis n. 7.787/1989 e 8.121/1991, mediante compensação com contribuições da mesma espécie. Com o trânsito em julgado da decisão que deu pela procedência do pedido, a agravada renunciou ao direito à compensação e requereu a restituição do indébito pelo sistema de precatórios.

Conforme tenho sustentado, reconhecido o direito à devolução do indébito por decisão trânsita em julgado, pode a parte optar por receber o seu crédito, quando da execução do julgado, ou mediante compensação, ou por meio de precatório, independente de ter optado, na fase cognitiva, por uma ou outra forma de devolução. Isso porque o pedido, em casos tais, refere-se ao direito à devolução do indébito, sendo a compensação e o precatório, tão-somente, modalidades de execução das decisões que reconhecem aquele direito.

Não há falar em indevida alteração do pedido, ou mesmo em violação à coisa julgada. A única providência que se faz necessária, caso a parte opte, quando da execução diversa daquela determinada no julgado, é a desistência expressa desta, nos autos do processo de execução.

Diante dessas razões, defiro o pedido.

Adotando os mesmos fundamentos retro lançados, conheço do agravo de instrumento e dou-lhe provimento, prejudicado o regimental.” (fls. 53/54).

O recurso especial monta-se nos permissivos **a** e **c**. Nela, o recorrente reclama de ofensa ao art. 743 do Código de Processo Civil. Para demonstrar dissídio pretoriano, traz a confronto acórdão proveniente do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Este, o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator):  
Como se percebe, o INSS foi condenado a devolver valor que arrecadara indevidamente. A decisão condenatória reconheceu ao credor, o direito de satisfazer seu crédito mediante compensação. O contribuinte, em lugar de efetuar o encontro de contas, preferiu executar a condenação.

Não enxergo, nessa atitude, qualquer excesso, ofensivo ao dispositivo do art. 743, III, do Código de Processo Civil. Em primeiro lugar, não faz sentido dizer que a sentença determinou se fizesse a execução mediante encontro de contas: compensação não é modo de execução, mas um fenômeno que extingue dívidas simétricas. Mais correto é dizer que a decisão judicial outorgou ao contribuinte-credor a faculdade de compensar seu crédito, com eventual dívida fiscal.

De outra parte, compensação é o modo mais eficaz de repetir-se quantia paga indevidamente: o credor, se satisfaz, deixando de pagar dívida que contraiu para com seu devedor.

Já a execução constitui método lento e doloroso de recuperar exações indevidas. Para o Estado devedor, em contrapartida, a execução constitui a mais cômoda forma de devolver exações indevidas: o Erário ganha vários meses, sem despender numerário, pagando juros irrisórios.

Se assim ocorre, não se pode cogitar em excesso de execução. Pelo contrário, haveria escassez.

Em tal circunstância, o Estado carece de interesse para reclamar contra a opção de seu credor, desprezando a compensação e preferindo a via dolorosa da execução.

Proibir o credor de executar a sentença seria torná-la eventualmente inexecutável. Com efeito, a compensação pressupõe a existência de crédito e débito simétricos. Vale dizer: o credor da devolução tributária haverá de ser devedor por tributo semelhante. Se ele não mantiver débito para com o Estado, a compensação será impossível. Na hipótese, se o credor da repetição tributária deixa a praticar atos geradores do tributo, por desativação da empresa (ou qualquer outra circunstância) a sentença jamais será cumprida.

Nego provimento ao recurso.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 220.982 – RS

(Registro n. 99.0057692-6)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Adalberto Luiz Lenhard

Advogados: Luiz Carlos Lopes Madeira e outros  
Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul  
Advogados: Daria Suffi e outros  
Sustentação oral: Luiz Carlos Madeira (pelo recorrente)

**EMENTA:** Direito Constitucional e Administrativo – Responsabilidade objetiva – Prisão ilegal – Danos morais.

1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo, prisão ilegal.

2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser focado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir.

3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais.

4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado.

5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF.

6. Recurso especial provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso quanto à alegada violação ao art. 535, I e II, do CPC e, no mérito, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Garcia Vieira e Milton Luiz Pereira, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão e Humberto Gomes de Barros.

Brasília-DF, 22 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DELGADO, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Adalberto Luiz Lenhard insurgiu-se, via recurso especial (fls. 777/796), ao abrigo das alíneas **a** e **c** do inc. III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão (fls. 748/753) proferido pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 748):

“Responsabilidade civil do Estado. Prisão em flagrante. Inadmissão de dano moral.

O fato da prisão em flagrante ter ocorrido diante de circunstâncias que, no momento, configuravam a prática de crimes, desimportam circunstâncias posteriores, pois os pressupostos da flagrância devem ser aferidos considerando-se os indícios concomitantes à prisão.

Exercício regular de direito.

Apelação improvida.”

Historiam os autos que Adalberto Luiz Lenhard, ora recorrente, ajuizou ação de ressarcimento por dano moral contra o Estado do Rio Grande do Sul em virtude de, por efeito de ação civil pública contra si aforada pelo Ministério Público junto à Vara de Acidentes de Trabalho, ter sido decretada sua prisão por desobediência à ordem judicial – consistente em liminar que determinou redução de horas de trabalho de empregados na empresa – da qual livrou-se mediante fiança. Posteriormente foi impetrado **habeas corpus** preventivo, o qual foi julgado pela Câmara de Férias do Tribunal de Alçada (fls. 70/76), que reconheceu a ilegalidade da decisão do magistrado por haver ultrapassado o pedido inicial e a própria lei. Assim, foi concedida a ordem a favor dos pacientes, entre os quais o ora recorrente, para que contra os mesmos não se instaurasse ação penal por desobediência em decorrência da decisão judicial impugnada, tendo por base a opção feita, ou seja, a manutenção do horário de trabalho da forjaria da empresa enquanto tramitava a ação civil pública, sujeitando-se ao pagamento da multa estipulada, caso procedente a ação.

O r. juízo monocrático julgou improcedente o pedido de reparação por danos morais (fls. 695/704), sob o fundamento central de que a empresa e o autor assumiram o risco pelo não cumprimento da ordem judicial, a qual, entretanto, desde logo anunciava não só a pena pecuniária como as sanções previstas no art. 330 do CP. Se resolveram “correr o risco”, não poderiam, portanto, pretenderem a indenização.

Em grau recursal, o egrégio órgão fracionário do Tribunal de origem negou provimento à apelação à luz dos seguintes preceitos normativos:

– art. 5<sup>a</sup>, LVII, da CF/1988 (“a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”);

– art. 7<sup>a</sup>, XXII, da CF/1988 (“redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”);

– art. 127 da CF/1988 (“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”);

Embargos de declaração foram manejados (fls. 756/760), mas não obtiveram seguimento por força de decisão monocrática do relator. Interposto agravo, o mesmo foi submetido a julgamento e restou provido, tendo sido acolhidos os embargos para o fim de elucidar o acórdão. Houve pronunciamento sobre os arts. 1.525 do CC (“A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”), e 132 (“Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto ou iminente”) e 330 do CP (“Desobedecer à ordem legal de funcionário público”), considerando-se as demais questões periféricas. O **decisum** assim foi ementado (fl. 770):

“Embargos declaratórios. Acolhimento.

Embora o acórdão tenha sido preciso em todos seus termos, há o acolhimento para evitar dúvidas e contradições, mesmo que infundadas.

Embargos declaratórios acolhidos para aclarar”.

Neste momento, em sede de recurso especial apresentado com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, sustenta o recorrente violação dos seguintes dispositivos legais:

a) art. 458, II, do CPC (“São requisitos essenciais da sentença os fundamentos em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”);

b) art. 535 do CPC (“Cabem embargos de declaração quando: I –

houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”);

c) arts. 11 (“Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”), 12 (“Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”), § 2<sup>a</sup> (“A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento”) e 19 (“Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições”), da Lei n. 7.347/1985;

d) arts. 15 (“As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”) e 1.525 (“A responsabilidade civil é independente da criminal: não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”), do CC;

e) arts. 113 (“A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção”), 467 (“Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”), 468 (“A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”) e 471 (“Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos em lei”) do CPC.

Aduz, ainda, divergência jurisprudencial com julgados desta Corte, assim ementados (fls. 789/790):

“Processual Civil. Recurso especial. Embargos declaratórios. Ausência de fundamentação. Existência de omissão no acórdão. Arts. 458, II, e 535 do CPC.

Quando o Tribunal **a quo** rejeita os embargos declaratórios, persistindo na omissão percebida em pronunciamentos anteriores, deixando de se pronunciar fundamentadamente sobre questões veiculadas pela parte, como na hipótese, resulta ofensa aos arts. 458, II, e 535 do Código de Processo Civil, devendo ser provido o especial que foi interposto com alegância da violação a tais dispositivos, devolvendo-se o processo à Corte de origem, a fim de que seja suprida a omissão apontada.”

(REsp n. 99.797, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *in* Revista do STJ, vol. 93, p.p. 263/333).

(...)

“É lícito à parte opor embargos declaratórios visando prequestionar matéria em relação à qual o acórdão quedou-se omissivo, embora sobre ela devesse se pronunciar.”

(REsp n. 65.977-9-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 19.6.1995, *in* Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 83, p.p. 27/84).

Em suma, alega:

a) nulidade do acórdão que julgou os embargos de declaração, por violação aos arts. 458, II, e 535 do CPC, por haver persistido nas omissões apontadas:

– não analisou a questão referente à responsabilidade civil do Estado de que tratam os arts. 37, § 6º, da CF/1988, e 15 do CC, que é objetiva, não se cogitando da intenção do magistrado quando do decreto da prisão, com o que ficaria afastada a incidência dos incisos I e II do art. 49 da LC n. 35/1979, e do art. 133 do CPC;

– nem examinou a matéria de incompetência absoluta do Juiz de Direito, autor da ordem de prisão, para processar e julgar a ação civil pública e da coisa julgada referente aos acórdãos proferidos nas instâncias criminal e civil que apreciaram a espécie;

b) negativa de vigência aos arts. 11, 12 e § 2º, e 19 da Lei n. 7.347/1985, 15 e 1.525 do CC, 113, 467, 468 e 471 do CPC, considerando que, existindo penalidade administrativa como opção ao cumprimento da determinação judicial, não poderia tal conduta ser taxada de criminosa, derivando, daí, o dano moral cuja reparação se pretende. A ordem de prisão

contra cidadão que praticou ato autorizado por lei, emanada de autoridade judiciária absolutamente incompetente para apreciar a matéria, tendo produzido dano, enseja a responsabilidade civil do ente estatal e a consequente obrigação de indenizar.

Interposto concomitantemente recurso extraordinário (fls. 799/812), tendo sido contra-arrazoado (fls. 818/821).

Contra-razões foram apresentadas também ao especial (fls. 814/817), defendendo-se:

a) inexistência de omissão a ser suprida, não se configurando a nulidade do acórdão;

b) ausência de prequestionamento dos arts. 11, 12 e seus parágrafos, e 19, da Lei n. 7.347/1985; 15 do Código Civil; e 113, 467, 468 e 471 do CPC, os quais, em momento algum, foram discutidos pelo Tribunal **a quo**;

c) a pretensão de discorrer, como efetivamente postula o recorrente, sobre as condições da prisão sofrida é, inevitavelmente, debruçar-se sobre matéria de fato, conduzindo-se o processo para o reexame da prova, em tudo vedado pela Súmula n. 7-STJ;

d) com relação à busca de fundamentação no art. 15 do CC, improcedente a tentativa, eis que a jurisprudência já pacificou sua orientação no sentido de que a discussão sobre a responsabilidade objetiva deve ser norteada pelo art. 37, § 6<sup>a</sup>, da CF/1988, inviável em sede de recurso especial.

Conferido crivo positivo somente ao processamento do especial (fls. 836/840), ascenderam os autos a esta Corte.

À fl. 841, há certidão noticiando a interposição de agravo de instrumento para o Supremo Tribunal Federal contra a decisão que inadmitiu o recurso extraordinário.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Da análise dos requisitos de admissibilidade, vislumbro que o presente recurso merece ser conhecido.

**A priori**, examino a alegada infringência ao art. 535, II, do CPC.

Sustenta o recorrente que o acórdão proferido pelo Tribunal **a quo**,

quando do julgamento dos embargos de declaração, deve ser anulado, eis que não apreciou pontos fundamentais aventados desde a inicial, como a tese baseada na responsabilidade objetiva do Estado, onde não se cogita da intenção do magistrado quando do decreto da prisão, ficando afastada, desse modo, a incidência dos incisos I e II do art. 49 da LC n. 35/1979 e do art. 133 do CP.

Confira-se trecho esclarecedor do requerimento do recorrente constante da petição inicial (fls. 8/10):

“XIV – Categórica é a Constituição Federal quando, em seu art. 37, § 6º, dispõe:

‘As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.’

XV – Extremamente lúcido é o artigo do Juiz Artur Marques da Silva Filho (RT, vol. 674, p.p. 70/79), em cujas conclusões lê-se:

‘5.2. A Constituição atual, em seu art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade objetiva do Estado e não faz qualquer ressalva ou discriminação. Tecnicamente, as questões que a interpretação de dispositivos semelhantes nas Constituições anteriores propiciava, por certo, não ocorrerão, por mais teóricos que sejam os seus intérpretes.’

‘5.3. Em matéria de responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, já se registra significativo avanço. A doutrina e a jurisprudência vêm sufragando que os atos jurisdicionais, no Estado de Direito, se submetem ao próprio Direito e, portanto, não são imunes a gerar a responsabilidade objetiva, quando provocam danos.’

‘5.4. Os magistrados são agentes públicos porque exercem atividade específica, própria e monopolizada pelo Estado. Respondem regressivamente quando agirem com dolo ou culpa.’

XVI – No mesmo sentido, o artigo do também Juiz José Guilherme de Souza (RT, vol. 652, p.p. 29/48), onde o mesmo aponta várias

hipóteses em que, por ato jurisdicional defeituoso, pode haver a responsabilização do Estado. Por inteiramente pertinentes, se permite o autor transcrever partes das conclusões do aludido artigo (**op. cit.**, p. 48), onde se encontra:

‘– a responsabilidade do Estado pelo exercício da atividade judiciária é espécie do gênero responsabilidade do Estado pelo exercício do serviço público;

– o serviço público judiciário pode causar danos aos particulares, em qualquer de suas esferas de sua atuação notadamente as esferas civil e criminal, onde esses danos são mais ocorrentes;

.....  
– seja voluntário ou involuntário, todo erro que produza conseqüências danosas em outras palavras, toda atividade judiciária danosa deve ser reparada, respondendo o Estado civilmente pelos prejuízos, a ele assegurado o direito de regresso contra o agente público responsável pela prática do ato.’

XVII – Parece, assim, frente ao contido, de forma clara e indubitosa na Magna Carta, indiscutível a responsabilidade do Estado pelo ressarcimento de danos – inclusive, como é óbvio, o Dano Moral –, em decorrência de ato jurisdicional danoso, voluntário ou involuntário e, na espécie em exame, *flagrantemente ilegal*, como deflui do texto do aresto da egrégia Câmara Criminal de Férias, do Tribunal de Alçada do Estado (doc. n. 7).”

A sentença discorreu (fls. 697/698):

“Admitida a responsabilidade, cumpre também esclarecer que, também por força das disposições constitucionais, não recebe ela o mesmo tratamento, no tocante aos atos jurisdicionais, que é decorrente das hipóteses do art. 37, § 6º, CF, onde se está frente à responsabilidade de natureza objetiva, decorrente do fato do serviço, somente admitindo exoneração na hipótese de culpa concorrente ou exclusiva do lesado, o fato de terceiro e a força maior.

É que ao efeito de responsabilizar o Estado por atos judiciais, a Constituição, ao enunciar a responsabilidade decorrente do erro judicial, introduziu o exame da ocorrência de dolo ou culpa do juiz ou falta do serviço.

Ressalte-se que a culpa que enseja a responsabilidade, em qualquer dos casos que se a admite doutrinariamente (art. 133, II, do CPC; arts. 56, I e 58, I, da Loman), deve ser grave.

Por fim, o erro judiciário poderá decorrer não só de ‘simples acidente’, pois ‘apesar da diligência e da extrema atenção dos magistrados e de seus auxiliares, os erros judiciários podem existir...’ (fls. 36 e 39, esta última reproduzindo obra de **Paul Duez**), bem como decorrerá da ‘prisão preventiva ilegal, e a legal de quem veio a ser finalmente absolvido’. (fl. 39).

Posta, pois, nestes termos a questão, e assim predefinido o direito, resta o exame dos fatos, a fim de que se verifique a ocorrência ou não da responsabilidade do Estado no caso presente.”

O voto-condutor do aresto questionado, por sua vez, assim conduziu o julgamento (fls. 752/753):

“Desimportam, a meu ver, a concessão do **habeas corpus**, o resultado posterior da ação civil pública, ou outras circunstâncias processuais. Em sede de doutrina (Responsabilidade Civil do Estado, p.p. 35/36, Aide Editora, 1995), tive oportunidade de anotar: ‘A responsabilidade do Estado também pode se sustentar relativamente a despachos interlocutórios e a outros atos judiciais na área cível ou penal (prisão em flagrante ou preventiva). Em qualquer das hipóteses, deve ocorrer prejuízo indenizável. No que se refere à prisão em flagrante ou à preventiva, o direito ao ressarcimento não é consequência da absolvição posterior, mas sim de não terem sido satisfeitos os pressupostos para a flagrância ou a decretação da prisão preventiva, no momento de se recolher alguém à prisão. Entenda-se. Embora a regra constante do art. 5<sup>o</sup>, LVII, da CF, de que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’, a prisão em flagrante e a preventiva coexistem com simples indícios de consentimento de crime e antes de haver culpa formada. Sendo assim, nas duas medidas provisórias o que as embasa é a probabilidade de cometimento de crime: não a afirmação da certeza de culpa, como na sentença condenatória. A falta anônima, por isso, na prisão preventiva e no flagrante, só aparece quando inexistir a probabilidade, que se afere em momento certo e sem comprometimento com a decisão final.”

Em sede de embargos de declaração, a matéria foi tratada do seguinte modo (fl. 773):

“Citando, outrossim, orientação doutrinária, afirmei que é possível a responsabilidade do Estado por atos judiciais (fl. 732). Inclusive, o se apoiar o acórdão em conduta que significaria a tipificação do art. 132 do Código Penal, é suficiente para o afastamento de todas as outras questões levantadas acerca do artigo 330 do Código Penal.”

Percebe-se, portanto, do confronto dos trechos das peças processuais supratranscritas, que a pretensão do recorrente não merece guarida, eis que o Tribunal **a quo** entregou, de modo completo, a prestação jurisdicional requerida, examinando de modo suficiente questão fundamental, argüida desde a petição inicial e capaz de influenciar na solução da demanda.

Não há possibilidade de se reconhecer, por conseguinte, que o acórdão proferido pelo Tribunal de origem, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, contrariou o preceito legal inscrito no art. 535, II, do CPC, por não haver apreciado ponto essencial desenvolvido no curso da lide.

As questões fundamentais para a solução da demanda foram enfrentadas. Elas estão no círculo da existência ou não do dano moral, em face do contexto fático demonstrado pelos autos.

Portanto, conheço do recurso pela apontada violação ao art. 535, porém, nego-lhe provimento.

A matéria jurídica infraconstitucional apontada como violada foi prequestionada. Há, por conseguinte, compatibilidade com os dispositivos legais enfrentados pelo recorrente.

Ultrapassado o exame do art. 535, II, do CPC, enfrento as demais questões.

A tese do acórdão está posta nos limites seguintes (fl. 748):

“Responsabilidade civil do Estado. Prisão em flagrante. Inadmissão de dano moral.

O fato da prisão em flagrante ter ocorrido diante de circunstâncias que, no momento, configuravam a prática de crimes, desimportam circunstâncias posteriores, pois os pressupostos da flagrância devem ser aferidos considerando-se os indícios concomitantes à prisão.

Exercício regular de direito.  
Apelação improvida.”

Com a devida vênia, ousou discordar do aresto recorrido.

Considero, primeiramente, o panorama construído pelos fatos presentes na lide e que estão descritos do modo seguinte (fls. 778/780):

“O Ministério Público Estadual ingressou perante a Vara de Acidentes do Trabalho desta Capital, com ação civil pública contra Zivi S/A – Cutelaria, da qual o recorrente era um dos diretores, visando compeli-la a tomar medidas para eliminar as condições insalubres a que estariam submetidos os operários da cutelaria. Pleiteou, liminarmente, fosse determinada a redução da jornada de trabalho naquela seção da empresa, sob a cominação da multa diária de CR\$ 5.000.000,00.

Houve a concessão da cautela, tendo a decisão o seguinte teor:

‘(...) concedo a liminar para o fim de determinar a imediata redução do tempo de exposição ao ruído de todos os trabalhadores do setor de forjaria para não mais de três horas diárias, enquanto não implementadas as exigências impostas pela Delegacia Regional do Trabalho, *sob pena do pagamento da multa diária de Cr\$ 5.000.000,00*, sem prejuízo das sanções previstas no art. 330 do Código Penal.’

Sem embargo da alusão ao art. 330 do Código Penal e vista das alternativas ensejadas pelo art. 11 da Lei da Ação Civil Pública: cumprimento imediato ao pagamento da multa diária, a Diretoria da empresa optou pela segunda alternativa, isto é, não reduzir a jornada de trabalho e correr o risco do pagamento da pena pecuniária, caso viesse a ser julgada procedente a ação, de vez que a multa cominada liminarmente só seria exigível após o trânsito em julgado da decisão que julgar procedente a ação (Lei n. 7.347/1985, arts. 11 e 12, § 2<sup>o</sup>).

A despeito da clareza do disposto no § 2<sup>o</sup> do art. 12 da referida lei da ação civil pública, o Ministério Público, sob a alegação de que estava tipificado o delito de desobediência, porque não houve a redução da jornada de trabalho, nem tampouco tinha sido paga a multa cominada, requereu a prisão em flagrante dos diretores da sociedade.

Acolhendo o pedido, o MM. Juiz de Direito determinou a expedição de mandado, ordenando a prisão em flagrante do diretor responsável e quaisquer outras pessoas que opuserem resistência ao cumprimento da diligência.

Em cumprimento à determinação judicial, o Oficial de Justiça prendeu o autor, conduzindo-o à 9ª Delegacia de Polícia, onde foi autuado em flagrante, pela prática do crime de desobediência. Da nota de culpa consta que ‘o autuado foi liberado mediante fiança’.

A imprensa falada, escrita e televisada noticiou a prisão com estardalhaço, causando profundo abalo moral ao autor, profissional conceituado e chefe de família exemplar, eis que exposto publicamente à condição de delinqüente, pelos meios de comunicação.

Entretanto, no Juízo Criminal reconheceu-se que o fato – não redução da jornada de trabalho da cutelaria – *não constitui crime (Habeas Corpus n. 292148905, Câmara de Férias do Tribunal de Alçada do Estado, Relator Dr. Danubio Edon Franco)*, porque não era lícito ao juiz acrescentar à pena pecuniária pelo descumprimento da liminar, a expressão ‘sem prejuízo das sanções previstas no art. 330 do Código Penal’. Isso porque:

‘(...) a cominação da pena de multa é natureza dessas ações, o que significa que a parte não fica obrigada a cessar sua atividade, mesmo porque só afinal saber-se-á com quem está a razão. Por isso, sabiamente o legislador estabeleceu que esta multa cominada liminarmente só poderia ser exigida após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento (art. 12, § 2º, da Lei da Ação Civil Pública).’

.....

‘E sobre o delito de desobediência, vale referir a lição de **Nelson Hungria**, quando diz que não haverá esse delito quando a lei cominar pena administrativa ou civil à desobediência da ordem, não fazendo ressalva expressa da cumulativa aplicação do art. 330 do Código Penal (Comentários ao Código Penal, vol. IX, p. 420, 1959).’

A seu turno, a egrégia Primeira Seção do STJ, no Conflito de Competência n. 3.639-1-RS, Relator Min. Peçanha Martins, declarou

incompetente o Juízo de Direito da Vara de Acidentes do Trabalho e competente a 13ª Junta de Conciliação e Julgamento desta capital para processar e julgar a ação civil pública. Finalmente, aquela Junta julgou improcedente a demanda civil pública.”

Ora, com razão o recorrente quando afirma às fls. 781/785:

“Os autos revelam que ficou configurada a *responsabilidade civil do Estado pela prisão arbitrária*. Essa responsabilidade é *objetiva* (CF, art. 37, § 6º; Código Civil, art. 15), sendo inaplicáveis à espécie as disposições dos arts. 133, II, do CPC, 56, I e 58, I (já revogados), da Lei Complementar n. 35/1979. Além disso, as hipóteses previstas nos arts. 49, incisos I e II da Loman e 133 do CPC cuidam da *responsabilidade pessoal do juiz*, quando proceder com dolo ou fraude no exercício de suas funções, recusar, omitir ou retardar, sem motivo justo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes. Vale dizer, *responsabilidade* baseada em culpa ou dolo e, por conseguinte, *subjativa*.

2. O *acórdão* da Câmara Criminal de Férias do Tribunal de Alçada do Estado, *que declarou que o fato não constitui crime, fez coisa julgada no Cível*, de tal sorte que ao autor não poderia ser imputada a prática dos delitos previstos no art. 330 do Código Penal para excluir a pretensão indenizatória. Assim decidindo, contrariou os arts. 65 do Código de Processo Penal e 1.525 do Código Civil.

3. A conduta do autor, ora recorrente, ao não atender a determinação judicial, *constituiu exercício regular de direito*, posto que amparada nos arts. 11 e 12, § 2º, da Lei da Ação Civil Pública, não podendo o Estado exonerar-se da obrigação de reparar o dano moral, sob o argumento de que incorrera o autor em outro ilícito penal, eis que *‘faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado (...) no exercício regular de direito’*.

A Primeira Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado, negou provimento à apelação, estando o *acórdão* assim ementado:

‘Responsabilidade civil do Estado. Prisão em flagrante. Inadmissão de dano moral.

O fato da prisão em flagrante ter ocorrido diante de circunstâncias que, no momento, configuravam a prática de crimes,

desimportam circunstâncias posteriores, pois os pressupostos da flagrância devem ser aferidos considerando-se os indícios concomitantes à prisão. Exercício regular de direito.’

No acórdão, lê-se:

‘(...) quando o Juiz da Vara de Acidentes do Trabalho acrescentou à liminar concedida a pena de multa diária de cinco milhões de cruzeiros, sem prejuízo das sanções previstas no art. 330 do Código Penal, não se configurava **ultra petita**, porque podia fazê-lo para alcançar a pretensão prevencionista e infortunística contida como objeto da ação civil pública, cumprindo, inclusive, o direito social dos trabalhadores referido no art. 7<sup>o</sup>, inciso XXII, da CF: ‘redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança’.

Chama-se atenção, outrossim, para outro aspecto. O crime do artigo 330 do Código Penal, crime de desobediência, crime do particular contra a Administração Pública, é crime de ação pública indisponível e irrenunciável, que devia levar à prisão em flagrante estivesse, ou não, no pedido do Ministério Público. O legislador da Lei n. 7.347/1985, ao prever a aplicação de multas, não revogou o art. 330 do Código Penal nem o descaracterizou como crime de ação pública. Nunca é demais lembrar o artigo 1.525 do Código Civil, que só tem oitenta anos de eficácia normativa: ‘A responsabilidade civil é independente da criminal...’. No entanto, houve a concessão do **habeas corpus** pelo egrégio Tribunal de Alçada (fls. 70/75), notadamente porque, havendo sanção administrativa, não se afiguraria o crime de desobediência.

.....

A ação civil pública foi ajuizada porque o ruído demasiado na forjaria da empresa, em que o ora apelante era Diretor de Pessoal, face à carga horária de trabalho prestada pelos trabalhadores, poderia levar à surdez. Daí a liminar, para redução da carga horária. A não redução da carga horária se afigurava como um risco de perigo direto (**sic**) e iminente, à saúde dos trabalhadores (...).

.....

O que faz o ora apelante, diante da liminar, isto é, da determinação de redução da carga horária? A sentença diz, com base nas próprias palavras da inicial: 'A empresa, após o exame da matéria, resolveu correr o risco e sujeitar-se ao pagamento da sanção pecuniária liminarmente imposta' (fls. 703 e 704).

Essa conduta, deixando permanecer o risco à saúde dos trabalhadores, configura-se como o crime do artigo 132 do Código Penal, que é crime simplesmente formal: 'Expôr a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente' (grafia do acórdão). Na Exposição de Motivos do Código Penal, historicamente sabida como sendo de **Nelson Hungria**, lê-se que este crime do artigo 132 é aplicável nas relações de trabalho, como prevenção infortunística: 'este não visa somente proteger a indenidade do operário, quando em trabalho...'

Assim compreendidos os fatos do processo, diante do risco à saúde dos trabalhadores, da prática de dois tipos penais – arts. 132 e 330 do CP –, a prisão em flagrante do ora apelante, que se livrou mediante fiança, nada mais foi do que exercício regular de direito pela Administração Pública.

Desimportam, a meu ver, a concessão do **habeas corpus**, o resultado posterior da ação civil pública, ou outras circunstâncias processuais (...).

No que se refere à prisão em flagrante ou à preventiva, o direito ao ressarcimento não é consequência da absolvição posterior, mas sim de não terem sido satisfeitos os pressupostos para a flagrância ou a decretação da prisão preventiva, no momento de se recolher alguém à prisão. Entenda-se. Embora a regra constante do art. 5<sup>o</sup>, LVII, da CF, de que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória', a prisão em flagrante e a preventiva coexistem com simples indícios de consentimento (grafia do acórdão) de crime e antes de haver culpa formada. Sendo assim, nas duas medidas provisórias o que as embasa é a probabilidade de cometimento de crime: não a afirmação da certeza de culpa, como na sentença condenatória. A falta anônima, por isso, na prisão preventiva e no flagrante, só aparece quando inexistir a probabilidade, que se afere em momento certo e sem comprometimento com a decisão final."

Tenha-se em consideração, também, as razões de fls. 794/796:

“Os acórdãos hostilizados (fls. 748/753 e 770/773) evidenciam entendimento incompatível com a noção do estado de direito, quando, através de sofismas, tentam justificar o atropelo da lei em nome de um pretenso direito de terceiros, cujo julgamento competia à Justiça especializada do Trabalho, que julgou improcedente a ação civil pública.

Sem proclamar, na realidade, apega-se à concepção da irresponsabilidade estatal, consubstanciada nos brocardos: **le roi ne peut mal faire** ou, ainda, **the king can do not wrong**, como, p. ex., quando esgrime com a prática de um segundo delito (CP, art. 132), que justificaria a prisão pelo descumprimento da liminar.

Reitere-se, ainda que tautológico, que dessa imputação o recorrente não foi sequer acusado ao ensejo da decisão ordenatória da prisão e, por conseguinte, não teve oportunidade de se defender.

Mas a propósito da responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal, ordenada pela autoridade judiciária, é oportuna a observação de Yussef Said Cahali, com apoio na lição de **José de Aguiar Dias**, de que não há base para excluir o direito à reparação de erro judiciário:

‘Se há erro judiciário, em virtude da sentença condenatória, haverá também em consequência da prisão preventiva ou *detenção*. Danos e tragédias decorrem, por igual, de uma e de outros. Onde existe a mesma razão, deve valer a mesma disposição.’ (Responsabilidade Civil do Estado, Malheiros Editores, 2ª ed., p. 600 – grifamos).

Acresce notar que não encontra arrimo na doutrina e na jurisprudência a concepção defendida pelo acórdão, de que a prisão em flagrante e a prisão preventiva, uma vez observados os seus requisitos formais, não criam o direito à reparação, ainda que o agente venha a ser absolvido posteriormente (fls. 752/753).

A ordem de prisão contra cidadão que praticou ato autorizado por lei, emanada de autoridade judiciária absolutamente incompetente para apreciar a matéria, tendo produzido dano, enseja a responsabilidade civil do ente estatal e a consequente obrigação de indenizar.”

Prisão arbitrária ou ameaça de prisão arbitrária provoca dano moral

ao paciente. Incorreu-se, **in casu**, em verdadeiro estado de violação ao direito de cidadania que cabe ao próprio Estado respeitar e guardar.

O **animus** da vítima recebe o impacto do fato desmoralizador de sua conduta social, afetando o prestígio profissional e de cidadão perante os seus semelhantes.

A dor sentida pela violação do direito constitucional de ir e vir estampa-se, de modo concreto, no comportamento individual, irradiando-se no tecido social.

A indenização, em tais casos, é devida como uma recompensa por tão grave ofensa a um direito subjetivo constitucional do cidadão – o de gozar plenamente de sua liberdade – se motivo inexistente para restringi-lo, tudo em homenagem ao Estado Democrático vivenciado pela Nação.

A respeito do tema “Responsabilidade do Estado face à prisão indevida” registro a doutrinação exposta por **Luiz Antônio Soares Hentz**, em sua obra intitulada *Direito Administrativo e Judiciário*, p.p. 47/51, destacando as seguintes afirmações:

“A responsabilidade pública se assenta hoje em bases sólidas. Depois de se firmar na teoria, a obrigação do Estado frente aos danos provocados aos particulares por atos de seus agentes passou a ter o respaldo da legislação, e esta, cada vez mais, ampara um leque maior de possibilidades de invocação do dever estatal. Em princípio, apenas os atos da Administração ensejavam a responsabilidade pública. Vinda da jurisprudência administrativa francesa, teve a responsabilidade pública origem nas decisões envolvendo o Estado-administrador e o particular, em que a imputação se baseava, em princípio, no funcionamento defeituoso do serviço público. Esta seria a forma clássica de se responsabilizar o Estado. Todavia, as teorias se desprenderam dos casos que lhes serviram de paradigma para sedimentar a obrigação de indenizar em campos diversos. Assim, também os atos judiciais e legislativos danosos passaram a ser objeto de reparação. Toda uma variada gama de fatos vieram a se identificar com os fundamentos do dever de indenizar, como os movimentos multitudinários, os eventos da natureza e os fatos das coisas (**du fait des choses**, como concebida a teoria no direito francês). A posição do causador direto do dano também evoluiu, lembrando-se do tempo em que respondia solidariamente com o Poder Público. E a vítima, também, é considerada de modo diferente, cada vez menos implicando seu ato na configuração

da responsabilidade do Estado (ver Fundamentos da Responsabilidade Patrimonial do Estado, neste volume).

Muito da evolução se deve à jurisprudência e à doutrina, importantes fontes de elaboração do Direito. Mas algo tem de ser tributado ao legislador, no tema ora em estudo. A atribuição de responsabilidade ao Estado por prisão indevida, ante a legitimidade da prisão cautelar, tem natureza jurídica diversa dos fundamentos que determinam a imputação da mesma responsabilidade em suas outras hipóteses de incidência. A prisão que origina o direito à indenização é legítima na medida em que o ordenamento jurídico a protege e regula. A proteção da coletividade justifica o risco da prisão indevida, isso sob o prisma do Estado. Daí que o fundamento da indenização, nesse caso, não pode ser a atuação do agente público. O Estado podia efetivar a prisão (a legislação ampara tal proceder), daí não se poder falar em danos causados por seus agentes a terceiros (ao menos segundo a dicção usada no art. 37, § 6º, da nossa Constituição).

E então, qual seria o fundamento jurídico da atribuição da responsabilidade ao Estado?

Na hipótese de prisão indevida, o fundamento da indenização deve ser enfocado como um problema de assunção de responsabilidade, a que o Estado adere por força da legislação que impõe o dever de indenizar a vítima de prisão indevida. O ato lícito em que, regularmente, consiste na prisão advém do normal exercício da potestade estatal. O Estado renuncia a sua soberania quando assume o dever de indenizar a quem ficar preso indevidamente. O risco inerente à privação de liberdade coloca o Poder Público frente à lei: a própria coletividade, destinatária do 'ato de risco', fica sujeita por meio do Estado, como representante desta nas relações jurídicas a responder (no dizer de **Celso Antônio Bandeira de Mello**) pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorrerem. E isso porque o princípio da igualdade de todos perante a lei, acolhido pelo Estado moderno, leva forçosamente ao reconhecimento da injuridicidade do comportamento estatal que agrava desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir ao lesado.

A legítima atuação estatal, vista por esse aspecto, quando lesiva ao particular, será sempre fonte de indenização se o benefício coletivo for conseguido à custa do sacrifício da liberdade individual. Não

se trata de comparação entre os valores protegido e ofendido. A proteção da liberdade pessoal é dever inarredável do Estado – uma conquista do cidadão contra o poder soberano –, impondo, em qualquer circunstância, a obrigação de indenizar, sempre que alguém sofrer prisão indevida.

Os fundamentos teóricos, no entanto, são apenas reforço para se firmar a responsabilidade do Estado no direito brasileiro.

A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, tem seu fundamento na legislação constitucional (art. 5º, LXXV). A responsabilidade existe **ex vi legis** e, por decorrer diretamente da lei, não se depende de sua ocorrência estar ligada a ato de qualquer agente público. É uma causa objetiva de indenização, promanada diretamente da Constituição Federal. Poder-se-ia dizer que em relação à prisão indevida o legislador constitucional deu azo à invocação do risco integral. Mas não parece ser essa a interpretação pertinente. Para que se tenha o dever de indenizar derivado dessa especial ocorrência como responsabilidade do Estado, em primeiro lugar é necessário admitir o poder de suprimir a liberdade de alguém como uma atividade estatal organizada no interesse público, como sói acontecer em relação aos fornecimentos que o Estado faz à coletividade. A prisão não se sujeita a essa correlação, sendo antes fruto de poder do Estado, dado seu exclusivo caráter punitivo.

Visto ainda sob o prisma da libertação do preso (dado que a prisão se efetiva na privação de liberdade, comissiva ou omissivamente alcançada), a manutenção da prisão não se funda nos requisitos básicos do serviço público. A idéia de serviço público pressupõe uma organização voltada a uma atividade, na expressão de **Laubadère**. E a intervenção do Estado, impondo limitações à liberdade dos indivíduos, ainda que para assegurar a ordem pública, se revela como um poder do Estado. O aprisionamento do homem, em tais condições, se traduz em atividade distinta da administrativa ordinária, não se exaurindo na prestação dos serviços públicos, nem no exercício da função de polícia administrativa, emergindo o direito do cidadão à indenização por prisão indevida para além e independentemente das razões que em geral explicam a obrigação do Poder Público, fundamentada que está na assunção de responsabilidade frente ao risco assumido.

*A inafastável obrigação de indenizar ante a imperatividade da norma constitucional*

Uma vez, portanto, submetido o réu à prisão indevida, não importa o motivo, fará jus a indenização às custas do Estado. O caso é de responsabilidade **ex vi legis**, atribuindo o legislador obrigação ao Poder Público. Em relação ao sistema francês, em que lei de 17 de julho de 1970 prevê a indenização do prejuízo causado por prisão antecipada quando o processo termina com a absolvição do réu, **Rivero** ressalta tratar-se de ‘um caso de responsabilidade sem culpa, por aplicação do princípio da igualdade perante os encargos públicos’. Porém, a imperatividade da norma constitucional brasileira faz pensar em obrigação atribuída pela lei, afastando o questionamento acerca de elemento estranho à norma. Certo é que sua positivação teve por fundamento o respeito à liberdade individual. O encargo que assume o cofre público com a indenização por indevida supressão desta é que faz presumir a igualdade de todos, pois a recomposição patrimonial do lesado é obtida com dinheiro de impostos, indistintamente arrecadado. Mas a responsabilidade pública, essa, decorre da lei.

A imperatividade da norma constitucional gera conseqüências para o intérprete e o aplicador do direito. A mais importante, pode-se dizer que é a impossibilidade de ser restringido o direito que dimana da norma pelo legislador ordinário. Deve ele abster-se de interferir na garantia outorgada ao cidadão, de modo a não obstar o exercício de direitos. Mas poderá implementar a vontade do legislador, dando à norma ideal disciplina jurídica por lei que venha a regulamentar o art. 5º, LXXV, da Constituição Federal. Outra conseqüência que se quer deslindar é a que implica maior facilidade na invocação da responsabilidade pública, quer porque a norma pressupõe considerações exclusivamente objetivas, na sua aplicação, quer porque o seu sentido exige o pronto restabelecimento do direito violado.

A relevância de ser afastada **a priori** as indagações subjetivas na concessão do direito à indenização se situa no dano emergente da prisão indevida. A objetividade que impera na imputação da responsabilidade, nesse caso, expande seus efeitos para o momento da verificação do dano – que, por sua natureza especial, basta a aferição de sua ocorrência **in concreto**, afastando a discussão da normalidade do dano e da culpa da vítima, impedimentos ordinariamente opostos à reparação.”

A tudo que foi exposto, acrescento, ainda, por merecer a minha integral concordância, pelo que tenho como razões de decidir, o conteúdo da manifestação de fls. 6/10, no sentido de que:

“Inconformado com a sua prisão, reputada pelo autor, assim como pelos demais Diretores da Zivi S/A, como ilegal e arbitrária, delegou ele poderes aos seus atuais procuradores, sendo, perante o egrégio Tribunal de Alçada do Estado, impetrada ordem de **habeas corpus** que, após atendidas as diligências de praxe, veio a ser concedida – pela Câmara Criminal de Férias, sendo relator o eminente Juiz de Alçada Danubio Edon Franco, de cujo voto, acolhido pela unanimidade dos seus pares, extrai-se, por relevantes, e inteiramente pertinentes, os seguintes excertos:

‘O primeiro aspecto que chama a atenção diz com o descompasso entre o pedido do autor e a decisão do juiz. Como visto, o Ministério Público requereu em liminar de limitação do tempo de exposição dos funcionários – da forjaria ao ruído do maquinário ao limite de três (3) horas/dia, sob pena de pagamento de uma multa diária de Cr\$ 5.000.000,00 (de cinco milhões de cruzeiros), enquanto que o magistrado concedeu a liminar, acrescentando que tal cominação se fazia sem prejuízo das sanções previstas no art. 330 do Código Penal.’

Sem dúvida, que apesar da relevância da matéria, foi o magistrado além do pedido, cominando uma pena não prevista na própria lei.

Quando o legislador quis que o juiz, de ofício, estabelecesse uma medida coercitiva para o cumprimento da obrigação de fazer, que é o caso, foi expresso, como se vê da parte final do art. 11 da Lei da Ação Civil Pública.

Afora isso, a cominação da pena de multa é natureza dessas ações, o que significa que a parte não fica obrigada a cessar sua atividade, mesmo porque só afinal saber-se-á com quem está a razão. Por isso, sabiamente o legislador estabeleceu que esta multa cominada liminarmente só poderá ser exigida após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento (art. 12, § 2º, da Lei da Ação Civil Pública). (doc. n. 7, fl. 4).

Mais adiante, afirma o relator:

*‘Tem-se, pois, que o magistrado foi além do pedido e da própria lei, que limita o instrumento de coerção à disposição do Judiciário criando uma pena inexistente’* (doc. n. 7, fl. 5 – grifos nossos).

Finalmente, conclui ele (doc. n. 7, fl. 6):

‘É o bastante para se ver da ilegalidade da ordem, o que autoriza e legitima a concessão da ordem de **habeas corpus** preventivo em favor dos pacientes para que contra eles não se instaure ação penal por desobediência em decorrência da decisão judicial impugnada, tendo por base a opção feita, ou seja, manterem o horário de trabalho da forjaria da empresa, enquanto tramita a ação civil pública, sujeitos ao pagamento da multa estipulada, caso procedente aquela ação.’

Vê-se, portanto, que a ordem de **habeas corpus** impetrada (doc. n. 8) recebeu pleno acolhimento, determinando, com isso, pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público do Inquérito Policial originado do flagrante (doc. n. 9-9-A).

A ilegal e arbitrária prisão do autor foi recebida com estardalhaço pela imprensa falada, escrita e televisada, como dão pálida idéia recortes de jornais da época, além de fita gravada de noticiário pela televisão (doc. n. 10/15), representando para o autor, homem conceituado, chefe de família exemplar, cujo acesso a melhores níveis de trabalho e, por conseqüência, a melhor contraprestação remuneratória se deu em razão de seus próprios esforços e ingentes sacrifícios pessoais e familiares, profundo abalo moral, exposto, publicamente, à condição de infrator, de delinqüente. Ocupa o autor posição de relevo na sociedade e, especialmente, no meio industrial, mercê de seus próprios méritos, participando, pelos seus dotes profissionais e morais, da direção de entidades representativas na área, sendo, inclusive, integrante de lista tríplice, como classista, para eventual escolha e nomeação na Justiça do Trabalho (doc. n. 16/25).

Afora o trauma pessoal sofrido, a exigir assistência médica especializada (doc. n. 26/27), sérios reflexos teve a prisão do autor e sua inusitada publicidade na sua constelação familiar, visto que seu filho, menor e freqüentando escola – Colégio Instituto Porto Alegre (doc. n. 28/29), passou a sofrer dichotes, insinuações e odiosa discriminação, tudo como resultado da ilegal e arbitrária prisão.

Categórica é a Constituição Federal quando, em seu art. 37, § 6º, dispõe:

‘As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.’

XV – Extremamente lúcido é o artigo do Juiz Artur Marques da Silva Filho (RT, vol. 674, p.p. 70/79), em cujas conclusões lê-se:

‘5.2. A Constituição atual, em seu art. 37, § 6<sup>a</sup>, consagra a responsabilidade objetiva do Estado e não faz qualquer ressalva ou discriminação. Tecnicamente, as questões que a interpretação de dispositivos semelhantes nas Constituições anteriores propiciava, por certo, não ocorrerão, por mais teóricos que sejam os seus intérpretes.’

‘5.3. Em matéria de responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, já se registra significativo avanço. A doutrina e a jurisprudência vêm sufragando que os atos jurisdicionais, no Estado de Direito, se submetem ao próprio Direito e, portanto, não são imunes a gerar a responsabilidade objetiva, quando provocam danos.’

‘5.4. Os magistrados são agentes públicos porque exercem atividade específica, própria e monopolizada pelo Estado. Respondem regressivamente quando agirem com dolo ou culpa.’

No mesmo sentido, o artigo do também Juiz José Guilherme de Souza (RT, vol. 652, p.p. 29/48), onde o mesmo aponta várias hipóteses em que, por ato jurisdicional defeituoso, pode haver a responsabilização do Estado. Por inteiramente pertinentes, se permite o autor transcrever partes das conclusões do aludido artigo (**op. cit.**, p. 48), onde se encontra:

– a responsabilidade do Estado pelo exercício da atividade judiciária é espécie do gênero responsabilidade do Estado pelo exercício do serviço público;

– o serviço público judiciário pode causar danos aos particulares, em qualquer de suas esferas de sua atuação notadamente as esferas civil e criminal, onde esses danos são mais ocorrentes;

(...)

– seja voluntário ou involuntário, todo erro que produza conseqüências danosas – em outras palavras –, toda atividade judiciária danosa deve ser reparada, respondendo o Estado civilmente pelos prejuízos, a ele assegurado o direito de regresso contra o agente público responsável pela prática do ato.’

Parece, assim, frente ao contido, de forma clara indubitosa na Magna Carta, indiscutível a responsabilidade do Estado pelo ressarcimento de danos – inclusive, como é óbvio, o Dano Moral –, em decorrência de ato jurisdicional danoso, voluntário ou involuntário e, na espécie em exame, *flagrantemente ilegal*, como deflui do texto do aresto da egrégia Câmara Criminal de Férias, do Tribunal de Alçada do Estado (doc. n. 7).

Indubitosa, no caso, a ocorrência de ato jurisdicional danoso, flagrantemente ilegal e atentatório não só à liberdade do autor, como a sua imagem, ao seu conceito e reputação, como, ainda, capaz de determinar sérios e incalculáveis reflexos, de incerta ou difícil reparação, nas relações sociais, envolvendo, em especial, o filho menor, esposa e demais familiares.

Presente, portanto, ato jurisdicional danoso, indubitosa a ocorrência de atentado ilegal à liberdade do autor, com sérias conseqüências, todas suficientes e capazes para identificar a figura do Dano Moral, restaria, unicamente, quantificar o valor indenizatório ou mais propriamente de ressarcimento.

Expresso é o Código Civil, quando em seus artigos 1.550 e 1.551, III, dispõem:

‘Art. 1.550. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consiste no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547.

Art. 1.551. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal (art. 1.550):

(...)

III – a prisão ilegal (art. 1.552).’”

O valor da indenização será apurado mediante liquidação de sentença por artigos (arts. 608 e seguintes do CPC).

Isto posto, nego provimento ao recurso especial por infração ao art. 535 do CPC, dando-lhe provimento quanto à questão de mérito, para determinar a responsabilidade civil do Estado recorrido pelos danos morais cometidos por seus agentes, em face da prisão arbitrária executada contra o recorrente.

É como voto.

### VOTO-VENCIDO (EM PARTE)

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, com referência ao art. 535, acompanho V. Ex.<sup>a</sup> porque também me parece que as questões realmente relevantes foram todas examinadas pelo acórdão recorrido.

Com referência ao mérito, vou discordar de V. Ex.<sup>a</sup>, apesar de todo o respeito que tenho e todo o elogio que merece o excelente voto que acaba de ser proferido, mas a questão é tormentosa.

O Ministério Público entrou com uma ação civil pública, juntou elementos e pediu que fosse deferida a liminar para reduzir a carga horária dos servidores da empresa, que estava sendo expostos a ruídos inaceitáveis.

O juiz concedeu a liminar. Determinou que fosse reduzida a carga horária e se isso não ocorresse, a parte, então, estaria sujeita à multa que foi estipulada.

É claro que houve uma decisão liminar do juiz que tinha que ser cumprida, a não ser que fosse suspensa, mas não se discutiu isso aqui. O juiz concedeu uma liminar, determinando que essa decisão fosse cumprida e a parte não cumpriu. Se, posteriormente, chegou-se à conclusão que não era caso de cumprimento, que a ação foi julgada improcedente, não importa no momento. O importante é que o juiz deu uma liminar e a parte descumpriu, quando tinha que cumprir, sob pena de prisão, porque estava desobedecendo uma ordem judicial.

### APARTE

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Mas não era sob pena de multa?

## VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, parece-me que a determinação do juiz é para que se cumprisse e se reduzisse a carga horária, sob pena de multa.

## APARTE

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Sr. Ministro Garcia Vieira, V. Ex.<sup>a</sup> não considera o que dispõe o art. 12 da Lei da Ação Civil Pública, que essa multa só pode ser executada no final? Nem que o juiz era incompetente?

## VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Isso não é relevante por enquanto, **data venia**. O importante é que o juiz deu uma decisão liminar e essa decisão tinha que ser cumprida. A parte não cumpriu a decisão e ele tinha que determinar que se cumprisse. Como houve desobediência, houve o crime de desobediência. A requerimento do Ministério Público, o juiz determinou a prisão em flagrante da parte que estava desrespeitando aquela decisão.

Se havia realmente um desrespeito, uma desobediência, estava sendo cometido um crime, porque o juiz entendeu que aqueles funcionários que estavam expostos àquele excesso de ruídos, ali, estava sendo cometido um crime contra os funcionários. O juiz entendeu, de acordo com os elementos que viu na ação civil pública, que tinha que dar aquela liminar, que não foi cumprida, cabendo-lhe a decisão de mandar prender. Se mandou prender e depois houve recurso e a decisão foi reformada, isso não quer dizer que o juiz agiu equivocadamente, como bem lembrou a Dra. Gilda, Subprocuradora-Geral da República, pode ter havido um erro **in judicandum** e não um erro **in procedendum**. Se fôssemos admitir isso, toda vez que o juiz desse uma decisão, condenasse um réu e depois o réu fosse absolvido pela segunda instância, haveria a indenização, porque sempre – vamos pensar na parte criminal – que uma pessoa é condenada e presa, ela sofre danos. Se ela depois é absolvida, em princípio ela tinha direito à indenização. No caso, quero insistir que o juiz não cometeu nenhuma ilegalidade quando mandou que prendesse o réu, porque ele estava desobedecendo uma ordem judicial. O juiz agiu como deveria agir. Se posteriormente a ação foi reformada, isso não é relevante. Se formos admitir o princípio, qual o dano que houve no

caso? O réu foi preso em flagrante e a imprensa fez o estardalhaço, não foi o juiz que mandou fazer estardalhaço, não foi o Estado que mandou fazer, foi a imprensa.

Sabemos que no nosso ordenamento jurídico foi acolhida e admitida a teoria do risco administrativo, não chegou no risco integral. A teoria do risco administrativo permite que seja provada a culpa parcial ou total, ou o dolo da vítima para atenuar ou elidir a responsabilidade do Estado. No caso, onde foi feita a prova de que o juiz agiu com culpa ou dolo? **Data venia**, não vi em lugar algum – apesar de toda a extensa dissertação feita por V. Ex.<sup>a</sup>, Sr. Presidente – ponto que provasse que o juiz agiu de maneira errada, equivocada, que ele estava cometendo uma ilegalidade, um crime.

Sr. Presidente, a questão é tormentosa, estou apenas fazendo divagações, digressões; não estou lendo um voto que estudei, preparei, como fez V. Ex.<sup>a</sup>, mas a questão, como sabemos, é difícil e é muito discutida.

Vou divergir de V. Ex.<sup>a</sup> Entendo que, no caso, não podemos enxergar essa responsabilidade. Acho que o Estado não pode, porque seria até paralisado. Neste caso, imaginemos uma situação, o juiz iria pensar da seguinte forma: “não vou condenar esse réu, porque depois, se ele for absolvido, vou ser obrigado a indenizá-lo”. Não podemos exagerar.

**Data venia**, acompanho o voto de V. Ex.<sup>a</sup> na parte inicial, mas divirjo quanto ao mérito.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 221.577 – MG

(Registro n. 99.0058967-0)

Relator: Ministro Garcia Vieira  
Relator p/ acórdão: Ministro José Delgado  
Recorrente: Localiza System Ltda  
Advogados: Júlio César Espósito de Medeiros e outros  
Recorrido: Município de Belo Horizonte  
Advogados: Geórgia Stuart Dias e outros

EMENTA: Tributário – ISS – *Franchising*.

1. Franquia empresarial está conceituada no art. 2<sup>a</sup> da Lei n. 8.955/1994.
2. O referido contrato é formado pelos seguintes elementos: distribuição, colaboração recíproca, preço, concessão de autorizações e licenças, independência, métodos e assistência técnica permanente, exclusividade e contrato mercantil (**Adalberto Simão Filho**, *Franchising*, SP, 3<sup>a</sup> ed., Atlas, 1988, p.p. 33/55).
3. Compreende-se dos elementos supra que o referido contrato é formado por três tipos de relações jurídicas: licença para uso da marca do franqueador pelo franqueado; assistência técnica a ser prestada pelo franqueador ao franqueado; a promessa e as condições de fornecimento dos bens que serão comercializados, assim como, se feitas pelo franqueador ou por terceiros indicados ou credenciados por este (**Glória Cardoso de Almeida Cruz**, em *Franchising*, Forense, 2<sup>a</sup> ed.).
4. É, portanto, contrato de natureza complexa, afastando-se da caracterização de prestação de serviço.
5. ISS não devido em contrato de franquia. Ausência de previsão legal.
6. Recurso da empresa provido por maioria.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Garcia Vieira, dar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro-Relator para acórdão os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Brasília-DF, 23 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente.

Ministro JOSÉ DELGADO, Relator p/ acórdão.

---

Publicado no DJ de 3.4.2000.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Localiza System Ltda, interpõe

recurso especial (fls. 227/259), com fundamento na Constituição Federal, art. 105, inc. III, letras **a** e **c**, insurgindo-se contra o v. acórdão que negou provimento à apelação ao argumento de que as atividades de franquia ou *franchising* comportam a incidência do ISSQN.

Consta da ementa de fl. 210:

“Franquia ou *franchising*. Locação de carros. ISSQN cabível. Lista de serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968. Embora taxativa, comporta interpretação ampla e analógica.

Os contratos de franquia *franchising* envolvem cessão onerosa de um bem móvel e prestação de serviços de assessoria técnica, atividades sujeitas ao ISSQN, abrangidas nos itens 22, 23 e 79 da lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968 que, embora taxativa, comporta interpretação ampla e analógica, consoante dicção do STF” (RTJ 68/198).

Alega a recorrente que a decisão do Tribunal **a quo** deu interpretação ampla e extensiva à lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968, ao determinar a tributação das operações de franquia.

Aponta violação ao art. 8<sup>o</sup> do Decreto-Lei n. 406/1968, art. 108, § 1<sup>o</sup>, do CTN, bem como divergência pretoriana.

Pede provimento.

Contra-razões (fls. 290/305).

Despacho (fl. 325) admitiu o recurso pela letra **c**.

É o relatório.

#### EMENTA

Tributário. ISS. Franquia. Incidência.

A lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968, embora taxativa, comporta interpretação ampla e analógica.

Os contratos de franquia envolvem cessão onerosa de bem móvel e prestação de serviços de assessoria técnica, atividades sujeitas ao ISSQN.

Recurso improvido.

## VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente, comprovada a divergência, conheço do recurso pela letra c.

Resume-se a questão em se saber se as operações de franquia estão ou não sujeitas ao ISSQN, consta do contrato de franquia empresarial (fls. 31/42):

“A Franquia Empresarial da Localiza é a cessão do uso de marca com transferência de *know-how* para o negócio de aluguel de carros nos termos da Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994” (item 1.3, p. 31). Está claro pelo seu item 1.6 (p. 31) que:

‘O negócio da franquia empresarial da localiza é aluguel de carros.’

Dentre as obrigações da franquiadora (fl. 36), poderiam ser citadas as de assistir à franquiada, repassando conhecimento e experiência em soluções técnicas, administrativas, comerciais e operacionais do negócio (item 5.3); analisar eventos e promover estudos para dar orientações em matéria de cobertura e riscos, preços, promoções, descontos, faturamento (item 5.9); desenvolver ações de treinamento e assessoramento técnico, repassando os custos, apoiar a franquiada com recursos materiais e humanos (5.13) e o valor pago corresponde a remuneração à franquiada pelo desenvolvimento do negócio da Localiza. Tudo isso envolve prestação de serviços previstos pela lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968, em seus itens 21, 22 e 79. Já é pacífico no STJ e no STF que a referida lista, embora taxativa, pode ter uma interpretação ampla e analógica. A questão foi bem examinada pelo MM. Juiz Singular, em sua bem lançada sentença de fls. 166/169, confirmada pelo v. acórdão recorrido, da qual destaco o seguinte trecho:

“O contrato de franquia da impetrante tem como objeto o aluguel do uso da marca com transferência de *know-how*, e tem ainda como obrigações da franqueadora a divulgação da Localiza, fomentando o desenvolvimento do negócio através de seus programas e estratégias de *marketing*; assistência à franqueada, repassando conhecimento das soluções técnicas, administrativas, comerciais e operacionais; desenvolvimento de ações na área de comunicação empresarial promocional; desenvolvimento de ações de treinamento e assessoramento técnico,

operacional, administrativo e jurídicos; apoio a franqueada com recursos materiais e humanos, e outros.

Constata-se, pois, do dito acima, que a concessão do uso da marca não é a única obrigação que o franqueador contrai, posto que, conjuntamente se propõe a oferecer uma série de prestação de serviços, desde a otimização da empresa, com organização, treinamento de recursos humanos nas diversas áreas, até publicidades, que serão fruídas pelo franqueado. Tais serviços não constituem atividades-meio como quer fazer crer a impetrante, já que são devidamente remunerados pelo franqueado, conforme pode se verificar no modelo de contrato da Localiza, trazido aos autos, às fls. 31/42:

‘ Remuneração

(...)

6.1.3. *O valor pago acima corresponderá a remuneração à franqueadora pelo desenvolvimento do negócio da Localiza e compreende única e exclusivamente da franquia empresarial contratada, prevalecendo somente para o presente contrato...* (grifos meus).

Não se olvida que o contrato de franquia, constitua, uma cessão de direitos de uso da marca. Contudo, a ela tão-somente não se resume, mas abre-se para oferecer uma gama de serviços oferecidos pelo franqueador, fruto de sua ampla experiência no setor no mercado em questão. E como bem nos coloca **Waldírio Bugarelli**, *‘nada mais natural, portanto, que, além da regalia específica pelo uso de sinais distintivos, o franqueado contraia, igualmente, obrigação de pagar ao franquiador uma remuneração adequada, pelos serviços acima descritos, sendo incontestável que é justamente, pela prestação desses serviços que o franchising se diferencia da cessão do uso da marca, pura e simples’*. (in *Contratos Mercantis*, 3ª ed., Atlas, 1984, p. 494) (grifos meus).

Não obstante a taxatividade da lista de serviços, em cada item enumerado é possível o desenvolvimento de uma interpretação analógica.

Neste sentido a jurisprudência do STF, relacionada pelo autor **Vitor Cassone** em sua obra e trazida aos autos pelo Douto Promotor de Justiça:

‘O STF decidiu que a lista é taxativa, mas comporta interpretação ampla analógica (RE n. 75.952, Ac da Segunda Turma do STF, de 25.10.1973).’

Este é também o entendimento do ilustre professor **Sacha Calmon**: ‘Se o constituinte dissesse que competia ao Município tributar serviços definidos em lei complementar, excetuados os já atribuídos aos Estados, aí sim, caberia ao legislador complementar fazer a lista. A cláusula constitucional ‘serviços de qualquer natureza’ não compreendidos no art. 155, I, **b**, ao meu sentir, definiu por inteiro e por exclusão, a área tributável posta a disposição dos Municípios. Ora, a lei complementar não pode restringir o querer do constituinte’. (in Comentários à Constituição de 1988, 6ª ed., Forense, 1996, p. 263).

Pois bem, comportando a lista de serviços da lei complementar interpretação extensiva, e abrangendo o contrato de *franchising*, prestação de serviços, estão as operações de franquias, sujeitas à incidência do ISSQN.” (fl. 169).

A questão foi bem resumida pelo v. aresto hostilizado em sua ementa de fl. 210, da qual extrai-se que:

“Os contratos de franquia *franchising* envolvem cessão onerosa de um bem móvel e prestação de serviços de assessoria técnica, atividades sujeitas ao ISSQN, abrangidas nos itens 22, 23 e 79 da lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968 que, embora taxativa, comporta interpretação ampla e analógica, consoante dicção do STF (RTJ 68/198).”

Nego provimento ao recurso.

VOTO-VISTA  
(VENCEDOR)

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator designado): A matéria discutida no presente recurso especial recebeu, de minha parte, no julgamento do REsp n. 222.246-MG, o seguinte pronunciamento:

“A questão ora examinada consubstancia-se, em suma, em definir-se, em face do item 79 da Lista de Serviços que impõe a incidência

do imposto sobre a locação de bens móveis, a inclusão de contrato de *franchising*. Toda a polêmica repousa no entendimento fixado pelo acórdão de que ‘... a atividade desenvolvida pela recorrente, por trazer em sua essência a locação de bem móvel, este representado pela marca cedida mediante remuneração, está expressamente prevista na lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968’.

A definição, portanto, é sobre a cobrança de ISS, na situação específica em debate, em face do argumento do recorrente de não constar da lista de serviços que acompanha o Decreto-Lei n. 406/1968, a prestação dos serviços de franquia, o que tornariam indevidos os pagamentos já efetuados.

**A priori**, o exame do especial com relação ao permissivo da alínea **a** encontra óbice, visto que, quando da apresentação do apelo excepcional, não se atentou para definir o artigo do Decreto-Lei n. 406/1968 que foi violado.

Ocorre que a recorrente, como bem afirmei no despacho de fl. 157, de modo explícito, sublimou a matéria jurídica em discussão: a de se definir se incide o ISS nas atividades de *franchising*. A divergência, **data venia**, foi demonstrada, a meu ver.

Em situação como a ora analisada, quando inexistente qualquer dúvida sobre o prequestionamento da matéria jurídica que se pretende discutir e da existência da divergência jurisprudencial, não há de se apegar ao rigorismo do formalismo processual para impedir-se o trâmite do recurso especial.

Conheço, por tais razões, do recurso.

Pinceladas tais considerações iniciais, passo à apreciação do mérito da demanda.

O tema em debate, devidamente prequestionado na instância inferior, consiste na definição da incidência ou não do ISS sobre o contrato de *franchising*, relação jurídica denominada pelo nosso ordenamento jurídico de contrato de franquia comercial, conforme a Lei n. 8.955, de 15.12.1994.

Tenha-se, em primeira análise, que o art. 2º da Lei n. 8.955/1994, define o referido contrato do modo seguinte:

‘Art. 2º – Franquia empresarial é o sistema pelo qual o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou

patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços, e eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.’

A definição legal do contrato de franquia comercial merece ser confrontada com as manifestações doutrinárias, para bem se caracterizar a complexidade presente na existência e aplicação da relação jurídica em exame.

**Fran Martins**, em sua obra *Contratos e Obrigações Comerciais*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 567, entende a respeito, o que passo a registrar:

‘É o contrato que liga uma pessoa a uma empresa para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a essa esteja ligada por vínculo ou subordinação. O franqueado, além dos produtos que vai comercializar, recebe do franqueador permanente assistência técnica e comercial, inclusive no que se refere à publicidade dos produtos.’

**Orlando Gomes**, em *Contratos de Sociedades e Formas Societárias*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 133, conceitua o referido contrato como sendo uma ‘operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar a marca de um produto seu com assistência técnica de sua comercialização, recebendo, em troca, determinada remuneração’.

**Waldírio Bugarelli**, na obra *Contratos Mercantis*, São Paulo, Atlas, 1986, p. 484, o define como uma ‘operação pela qual um comerciante, titular de uma marca comum, concede o uso desta, num setor geográfico definido, a outro comerciante. O beneficiário da operação assume integralmente o financiamento de sua atividade e remunera seu contratante com uma porcentagem calculada sobre o volume do negócio; a operação de *franchising* repousa sobre a cláusula de exclusividade, garantindo ao beneficiário, em relação aos concorrentes, o monopólio da atividade’.

A doutrina, inspirada na conceituação legal e no posicionamento doutrinário sobre esse tipo de relação jurídica contratual, enumera os seguintes elementos essenciais que integram a sua composição:

‘a) Distribuição – O *franchising*, como se pode verificar, tem por fim a melhor distribuição para venda de produtos, mercadorias ou serviços, com a possibilidade de, por meio do sistema, serem atingidas maiores zonas de comercialização com custo reduzido, fator que interferirá diretamente na sustentação da marca já reconhecida do público, com benefícios ao consumidor final.

b) Colaboração recíproca – Este elemento culmina em constituir um dos princípios básicos ao sucesso do sistema, tendo-se em conta que as empresas que se unem para o fim especificado anteriormente devem observar entre si a estrita união no âmbito de seus interesses, colaborando cada qual, na parte que lhe cabe, nos termos das avenças pactuadas, com toda a diligência, para a obtenção de êxito nos negócios comerciais que entabulam, inclusive com o cumprimento das especificações previstas no chamado manual de operações.

c) Preço – A contrapartida do franqueado para adentrar ao sistema de distribuição planejado, organizado e implantado com toda metodologia do franqueador é o pagamento do preço na forma pactuada. Essa forma pode compreender o pagamento de uma entrada inicial, também chamada de *royalty*, além de parcelas mensais estipuladas sobre o faturamento das vendas ou, apenas, uma dessas duas opções, dependendo do sistema implementado pelo franqueador.

d) Concessões de autorizações e licenças – Estas concessões configuram-se em elemento essencial do conceito de *franchise*, pois nelas estão viabilizadas as propostas de distribuição. O franqueador deverá ser detentor de uma propriedade imaterial ou incorpórea constituída de suas marcas registradas, sinais, insígnias, patentes, fórmulas especiais, denominação, etc., que serão objeto de concessão ou licença de uso conforme o caso concreto que se apresenta, com o fim de autorizar o franqueado a dela dispor nos termos e limites pactuados entre as partes.

e) Independência – Ante a peculiaridade específica do *franchise* em que a empresa comercializará sob o manto de outra, utilizando-se inclusive de suas técnicas comerciais e marcas, é

necessário incluir no conceito a ser elaborado que as empresas franqueadoras e franqueadas são independentes umas das outras, formando pessoas jurídicas autônomas e distintas, com personalidade própria para responderem pelas obrigações nos diversos âmbitos que se apresentem em consonância com o tipo de comércio adotado. Aliás, este fator, em nosso entender, é um dos maiores instrumentos viabilizadores do sistema nos moldes como apresentado na atualidade.

f) Métodos e assistência técnica permanente – O franqueador se obrigará a prestar ao franqueado toda a assistência técnica necessária para a implementação do *franchise* como também, para o melhor funcionamento do negócio, utilizar toda a metodologia prevista no manual de operações, visando à capacitação do franqueado e melhor exploração do comércio que empreende com benefício para ambas as partes, neste item, está prevista a utilização de todo o *know-how* desenvolvido pela franqueadora no específico comércio de seus produtos, mercadorias ou serviços, quer seja a franqueadora fabricante, produtora ou prestadora de serviços.

g) Exclusividade – Este é um elemento não menos essencial, em nosso entender, que será objeto de estudo aprofundado em capítulo próprio, tendo-se em vista as inúmeras questões sobre a utilização da chamada ‘cláusula de exclusividade’ em contratos. O sucesso de um *franchising* está ligado à cláusula de exclusividade, entre outras, que pode delimitar o território abrangido pela franqueada em seu comércio, os produtos, mercadorias ou serviços a serem comercializados, e até impossibilitar o franqueado de operar no mesmo ramo da franquia após o término do contrato. A exclusividade pode adquirir outras formas conforme se observa no Capítulo 8, item 1.4.

h) Contrato mercantil – Torna-se evidente, pela gama de elementos essenciais à formação de conceito de *franchising*, que este somente pode viabilizar-se por meio de contrato mercantil, celebrado entre as partes, no qual haverá previsão expressa de toda a sistemática abrangida para operação do negócio entabulado entre as mesmas. Deste modo, o *franchising*, na forma como será conceituado, somente poderá ser viabilizado mediante contrato escrito, não obstante se reconheça a validade dos acordos de vontade verbais. Ocorre que a natureza das obrigações, assumidas por

ambas as partes, é tão extensa e complexa que um contrato de *franchising* verbal talvez não produzisse qualquer efeito prático ao franqueado, como se concluirá no decorrer desta dissertação. E, ainda, o *franchising* pode ser viabilizado por meio de um contrato único com todas as previsões especificadas pelas partes, ou de um feixe de contratos diversos com o mesmo fim, de acordo com os interesses das partes envolvidas.” (Adalberto Simão Filho, *Franchising*, São Paulo, 3ª ed., Atlas, 1998, p.p. 33/55).

Para fins tributários, importa definir-se qual a natureza jurídica do referido instituto.

Adalberto Simão Filho, na obra já citada, p.p. 36/42, após confrontá-lo com a compra e venda mercantil (art. 191, Código Comercial), com a licença para exploração de marcas ou patentes (Lei n. 9.279/1996, art. 139), com o mandato mercantil (art. 140 do Código Comercial), com a comissão mercantil (art. 165 do Código Comercial), e com a concessão mercantil, firma entendimento sobre a sua natureza jurídica, afirmando:

‘Após vistos os pontos de semelhança do *franchise* com outros institutos, constata-se que, no concernente a sua natureza jurídica, o mesmo se constitui em figura distinta destes, formado por meio de um contrato bilateral híbrido, como menciona **Fran Martins**. Fazem parte da composição do instituto diversas outras figuras conhecidas do Direito, como a licença para o uso de marca, cessão de direitos, prestação de serviços, compra e venda, distribuição, contribuindo para a seguinte classificação: o *franchising* forma-se por contrato, tendo-se em conta a sistematização da Lei n. 8.955/1994 que o estruturou e o regulamentou no campo legal. Esse contrato é misto por se utilizar de diversos contratos nominados ou inominados para sua estruturação. Bilateral por só poder ser formado com a concorrência de outros participantes além do franqueador, que em geral são pessoas jurídicas ou físicas que se obrigam a criar pessoa jurídica com o fim de explorar o contrato firmado. Inerente a este contrato existem prestações recíprocas a serem cumpridas pelas partes, com direitos e obrigações de ambos os lados, com o fim de se atingir o objeto do contrato consubstanciado na distribuição ou comercialização de produtos, mercadorias ou serviços.

Resumindo o exposto, conclui-se que o *franchising* em sua natureza jurídica seja um ‘contrato típico, misto, bilateral, de prestações recíprocas e sucessivas como fim de se possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços’ nos moldes e forma previstos em contrato de adesão.’ (fls. 41/42, ob. cit.).

Dos comentários expostos sobre o *franchising* resulta a compreensão de que ele abrange, de modo geral, três tipos de relações jurídicas bem definidos, conforme explicitado por **Glória Cardoso de Almeida Cruz**, em *Franchising*, Ed. Forense, 2ª ed., p.p. 19/20:

‘1) a licença para o uso da marca do franqueador pelo franqueado;

2) a assistência técnica a ser prestada pelo franqueador ao franqueado;

3) a promessa e as condições de fornecimento dos bens que serão comercializados, assim como, se feitos pelo franqueador ou por terceiros indicados ou credenciados por este. E, conseqüentemente, a forma de aquisição pelo franqueado.’

Postas tais considerações básicas para a conceituação e natureza jurídica do contrato de franquia, comporta, agora, por ser o tema central em debate, definir-se se tal tipo de relação jurídica merece ser considerada como sendo de ‘prestação de serviço’ para fins de incidência do ISS.

O primeiro elemento a ser analisado, para que se possa adotar um posicionamento sobre a incidência do ISS ou não sobre o contrato em apreço, é o limite conceitual de ‘serviço’.

**Aires F. Barreto**, em trabalho intitulado ISS – Não Incidência sobre Franquia, in *Rev. Direito Tributário*, Malheiros Editores, vol. 64, p.p. 216/221, em feliz síntese, conclui que o conceito constitucional de serviço tributável somente abrange:

‘a) as obrigações de fazer e nenhuma outra;

b) os serviços submetidos ao regime de direito privado não incluindo, portanto, o serviço público (porque este, além de sujeito ao regime de direito público, é imune a imposto, conforme o art. 150, VI, a, da Constituição);

c) que revelam conteúdo econômico, realizados em caráter negocial – o que afasta, desde logo, aqueles prestados a si mesmo, ou em regime familiar ou desinteressadamente (afetivo, caritativo, etc.);

d) prestados sem relação de emprego – como definida pela legislação própria – excluído, pois, o trabalho efetuado em regime de subordinação (funcional ou empregatício) por não estar *in comércio*.

O referido pronunciamento recebe meu apoio, com a extensão do entendimento de que, para fins tributários, não há possibilidade de se ampliar o referido conceito de serviço, considerando como tal situações com características diferentes.

Fixadas as bases conceituais, acabadas de serem reveladas, resta a pergunta:

Franquia comercial é serviço?

**Aires F. Barreto**, no trabalho acima referido responde que não. Defende o seu posicionamento com as razões que transcrevo (fls. 223/224, da Revista de Direito Tributário, Malheiros, já citada):

‘Franquia é o contrato pelo qual uma pessoa, mediante certas condições, cede à outra o direito de comercializar produtos ou marcas de que é titular.

Trata-se de contrato que tem por essência uma cessão de direitos.

**Waldírio Bugarelli** deixa patente ser a franquía uma espécie de cessão de direitos ao averbar que *franchising* é ‘... a operação pela qual um comerciante, titular de uma marca comum, cede seu uso, num setor geográfico definido, a outro comerciante’ (Contratos Mercantis, 6ª ed., Atlas, São Paulo, 1991, p. 500). Grifamos.

O saudoso **Orlando Gomes** corrobora esse entendimento, ao conceituar franquía como sendo ‘a operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar a marca de produto seu com assistência técnica para a sua comercialização, recebendo, em troca, determinada remuneração’ (**Orlando Gomes**, Contratos, 7ª ed., Ed. Forense, 1977, p.p. 571-572). Grifamos.

O fim da franquia é possibilitar que terceiros explorem um produto ou marca. A maioria dos contratos limita-se a esse tipo de objeto. Outras, porém, podem abranger, também, a assistência técnica do franqueador.

Nos contratos em que o franqueador dá assistência técnica essa tarefa é mera atividade-meio e não atividade-fim. É dizer, é requisito, insumo, condição, da atividade-fim: franquia. Não se pode confundir assistência técnica, enquanto atividade-meio, com assistência técnica como atividade-fim. O imposto sobre serviços só pode alcançar atividades-fim, jamais atividades-meio.

Nesses contratos, a assistência técnica está para a franquia como a datilografia está para o trabalho do advogado. Assim como o advogado não é prestador dos serviços de datilografia (mas dela carece para o seu mister) o franqueador não é prestador de serviços de assistência técnica (embora alguns contratos dela necessitem).

O contrato de franquia pode ou não envolver uma assistência técnica. Mesmo quando abrange a assistência técnica não se há falar em prestação de serviços, uma vez que se trata de mera atividade-meio viabilizadora do fim visado: a cessão de direitos designada franquia.<sup>7</sup>

**Marçal Justen Filho**, no artigo ISS e as Atividades de *Franchising*, publicado na Revista de Direito Tributário, Ed. Malheiros, vol. 64, p.p. 242/256, tem o mesmo entendimento. Assim explicita o seu entendimento:

‘A franquia é um contrato complexo nessa acepção. É inviável nela divisar a conjugação de uma pluralidade de contratos autônomos (senão em acepção que será adiante apontada), que se somam por justaposição. Não se trata da cumulação de contrato de cessão de marca com contrato de transferência de tecnologia e outros contratos, cada um com individualidade própria.

Há um plexo de deveres impostos a ambas as partes, onde a transferência de tecnologia é indissociável da cessão do uso de marca e dos demais pactos. Esses deveres não são unilaterais, muito pelo contrário. Incumbe a ambas as partes a execução de inúmeras obrigações de fazer. Isso torna inviável a dissociação de

obrigações de fazer, para fins de identificação de 'prestação de serviço'. É impossível, aliás, definir quem presta serviço a quem, no âmbito do contrato de franquia, tal como é inviável apontar remuneração correspondente à prática de um dever específico.

Essas peculiaridades não deixaram de afetar o próprio Estado, quando editou o infeliz Parecer Normativo CST n. 143/1975, que pretendeu determinar que 'É indedutível como custo ou despesa operacional a remuneração fixa ou calculada de forma percentual sobre as vendas, paga ou creditada por uma empresa a outra, que lhe supre de estoques, e, eventualmente, também lhe provê de publicidade, organização e métodos de vendas'. Dito Parecer, obviamente inconstitucional e ilegal, retratou a dificuldade do Fisco em compreender a natureza da franquia; mas também evidencia a inviabilidade de reconduzir os deveres impostos às partes aos parâmetros de mera cumulação de contratos autônomos.

Essa característica deriva não apenas da complexidade do contrato de franquia, mas também de sua natureza associativa. Quando reciprocamente transferem utilidades, as partes do contrato de franquia estão cooperando para o êxito conjunto e a consecução de um fim comum. De modo similar ao sócio que presta seu esforço para atingir o resultado colimado pela sociedade, também franqueador e franqueado desenvolvem esforços para atingirem um lucro que é objetivo comum. Nesse ponto, a franquia é muito diversa de outro contrato utilizado para fins de distribuição, que é a representação comercial. Na representação comercial, o representante apenas agencia propostas, sem participar do futuro contrato. É possível identificar, de modo preciso, a prestação de utilidade pelo representante comercial em proveito do representado, a que corresponde remuneração proporcional ao valor do negócio agenciado (comissão). Na franquia, o franqueado desempenha atividades em nome próprio. Ao fazê-lo, não presta serviços ao franqueador, mas a si próprio. E, quando o franqueador transfere uma série de benefícios para o franqueado, não está a prestar-lhe serviços, senão que ambos atuam paralelamente em busca do resultado comum. Sob um certo ângulo, a franquia aproxima-se da figura do 'consórcio', prevista no art. 278 da Lei n. 6.404/1976, espécie de contrato associativo, onde duas ou mais sociedades reúnem esforços para um empreendimento comum determinado.

Não se caracteriza prestação de serviços quando uma parte executa a prestação que lhe incumbe nos contratos de organização. As prestações não são propriamente bilaterais ou sinalagmáticas, já que se destinam a instrumentalizar o desenvolvimento da atividade empresarial futura, da qual ambas as partes auferirão benefícios.

Bem por isso, aliás, é impossível determinar uma 'remuneração' ou um 'preço de serviço'. A contrapartida (se é que se pode utilizar essa expressão) entre os inúmeros deveres de 'fazer' e de 'não fazer' impostas a uma das partes consiste em outros tantos deveres de 'fazer' e de 'não fazer' que recaem sobre a outra parte, não há relação sinalagmática, onde um 'fazer' específico corresponda a um 'fazer' ou 'dar' algo economicamente avaliável, também de modo específico. Assim, quando há cessão pelo franqueador do direito de uso da marca, não há remuneração específica por parte do franqueado. Em virtude da recepção do direito de utilização da marca, o franqueado assume os deveres de fidelidade, de abstenção da prática de atos prejudiciais ao sistema, etc. Em suma, o franqueado não 'adquire' o direito de uso de marca, senão passa a fazer parte de um sistema de distribuição de produtos. A cessão da marca é um dado entranhado e indissociável de uma associação empresarial complexa. Não se pode isolar a cessão da marca para identificar uma remuneração paga em contrapartida pelo franqueado. Idênticas asserções poderão fazer-se a propósito da transferência de tecnologia e de todas as inúmeras outras obrigações impostas a ambas as partes.

Por decorrência e relativamente ao conjunto de atividades desenvolvidas pelas partes, em cumprimento aos plexos de deveres de fazer e de não fazer, previstos no contrato de franquia, não se caracteriza prestação de serviços.

Nem o franqueado presta serviços ao franqueador, nem vice-versa.

Não se poderia, ademais, invocar uma pretensa autonomia do direito tributário frente ao direito privado. Não fora a superação dessa tese, diante da evidência da unidade do direito, ter-se-ia de reconhecer a inviabilidade de a lei tributária produzir uma 'ficção' de serviço. A hipótese de incidência tributária pode apanhar, de modo abstrato, determinados eventos da realidade. Porém, não será facultado à lei tributária introduzir inovações ou

alterações da realidade, através da hipótese de incidência. Se, em nome da autonomia do direito frente à realidade, fosse autorizada a criação ficcional de materialidades de hipótese de incidências, todos os princípios e garantias jurídicos estariam sacrificados. Não haveria necessidade de um sistema tributário discriminando, por exemplo, a competência tributária municipal quando fosse dado à lei considerar como 'serviço' aquilo que, na realidade (jurídica) não o é.'

Certo de que o contrato de franquia é de natureza híbrida, em face de ser formado por vários elementos circunstanciais, pelo que não caracteriza para o mundo jurídico uma simples prestação de serviço, filio-me à corrente de que sobre ele não incide o ISS. Por não ser serviço, é que não consta, de modo identificado, no rol das atividades especificadas pela Lei n. 8.955/1994, para fins de tributação do ISS.

Considere-se, como relevo maior, a obediência ao princípio tributário que proíbe a determinação de qualquer tipo de fato gerador sem apoio na lei.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso. Inversão do ônus da sucumbência.

É como voto."

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

É o voto.

## ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: V. Ex.<sup>a</sup> coloca em qual item? no 21?

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Nos itens 21, 22 e 79. Em três itens.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Gostaria que V. Ex.<sup>a</sup>, Sr. Ministro Garcia Vieira, meditasse sobre o seguinte: admitamos que em um contrato de *franchising* o franqueado nunca tenha a necessidade de prestação de serviço.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Mas o contrato envolve

isso; é essencial do contrato; faz parte do contrato a prestação de serviço. V. Ex.<sup>a</sup> disse que a prestação de serviço não é fim, mas, sim, meio. Aí é que está a divergência, pois entendo que não.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: O contrato de *franchising* pode ser tão-somente para uso de marcas, do nome da firma, locais de imóveis constituídos pela firma com categoria específica, e não como prestação de serviços. O contrato de *franchising* pode oferecer assistência técnica, e o franqueado nunca necessitar desta ou ter a sua assistência técnica própria, nunca recebendo-a do franqueador.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Ele aproxima-se mais da locação.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): V. Ex.<sup>a</sup>, Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, está com a relação anexa ao Decreto-Lei n. 406. Por favor, verifique os itens 21 e 22.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: V. Ex.<sup>as</sup> podem verificar que até o fato gerador é muito interessante.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Item 21: “assistência técnica”. Mas está vetado.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): E quanto aos itens 22 e 79?

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Presidente): O item 22 também está vetado.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O item 79 trata de locação.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Observe V. Ex.<sup>a</sup> que o franqueado pode ter empregados próprios ou a habilidade e nunca necessitar daquele serviço, da assistência técnica do franqueador, ou o objeto, a máquina que faz o serviço que vende o produto do franqueador ser uma máquina que nunca necessite de assistência técnica.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Ministro José Delgado, V. Ex.<sup>a</sup> reconhece que existe a prestação de serviço, mas sustenta que essa prestação de serviço não se encaixa na lista do Decreto-Lei n. 406/1968. Aí é que está a divergência. Entendo que se encaixa.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: A prestação de serviços é um dos elementos constitutíveis do contrato.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Não entendi muito a extensão da divergência. V. Ex.<sup>a</sup> entende que qualquer contrato de *franchising*...

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Não, a parte que se refere à prestação de serviço. Esta está prevista pelo Decreto-Lei n. 406/1968 em seus itens, onde se encaixa a prestação de serviços.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Quer dizer, uma vez prestado o serviço...

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Uma vez prestado o serviço, está sujeito ao ISS.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Presidente): O Sr. Ministro José Delgado entende que é possível que se caracterize como prestação de serviço, mas apenas incidirá o ISS se previsto na lista; ele exemplifica com o *leasing*, que não estava previsto e não se cobrava, segundo a nossa jurisprudência. Posteriormente, a lei o incluiu na lista de serviços. Agora, no caso, a situação toma uma feição muito interessante, porque os incisos indicados pelo eminente Sr. Ministro-Relator estão vetados, e o LXXIX, que não está vetado, diz respeito à locação.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Ministro-Presidente, como a matéria é polêmica e meu voto será diferente, sugiro que V. Ex.<sup>a</sup> ou o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros peça vista.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Penso que a minha perplexidade seja de extensão pequena. Na visão de V. Ex.<sup>a</sup>, Sr. Ministro-Relator, em tese, V. Ex.<sup>a</sup> apenas admite a incidência do tributo quando houver prestação de serviço. Digamos que exista uma eventual prestação de serviço; por exemplo, no caso do Mc Donalds, com uma nova receita culinária criada pela matriz, é necessário que venha alguém para prestar o serviço de treinamento dessas pessoas, de assistência técnica, mas a cobrança somente ocorreria no momento em que esse serviço fosse prestado.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sim, e o serviço prestado estaria sujeito ao ISS.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Aí é que está. Se o franqueado pediu um serviço especial e o franqueador expediu uma nota de serviço específica para aquele serviço, estou de pleno acordo.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Em sendo assim, não se trata de um serviço, mas da própria natureza do contrato.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Parece ser o mesmo caso. V. Ex.<sup>as</sup> observem que no contrato de franquia se paga um percentual, salvo engano neste caso de 6,5%, uma taxa fixa mensal, sobre a receita da empresa. Se a empresa tiver uma receita bruta de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por exemplo, pagará 6,5% dessa receita.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Mas paga a título de quê? Não vi isso em lugar algum. Em que lei está isso? Onde V. Ex.<sup>a</sup> faz essa citação?

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Penso que no meu contrato consta 6,5%. Quanto ao Mc Donalds, a taxa é 5,2% sobre a receita bruta. Então, se a empresa tem uma receita bruta de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) durante o mês, terá até o dia dez para recolher. Quem não utiliza serviços apenas pelo contrato de franquia recolhe essa importância mensalmente ao franqueador. Se o franqueado, porém, pedir um serviço extraordinário ao franqueador, e este emitir uma nota de serviço ao franqueado, não tenho qualquer dúvida de que se trata de outro contrato, diferente. Se ele fugir ao limite da franquia, isso é um aspecto completamente diferente.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Ministro José Delgado, estou com o contrato e não consigo achar esse tópico: (Lê) “Franquia empresarial da Localiza é a cessão do uso da marca contra a licença de *know-how* para o negócio de aluguel de carros nos termos da lei”. Quero ver onde está isso, para ver em que termos está o contrato.

## VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, **data venia**, divirjo do Sr. Ministro-Relator.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, leio a ementa:

“Incidência, atividade listada como  
..... tributação municipal.”

Digo no meu voto, cuja situação é igual. Difere apenas quanto ao tipo de contrato. A empresa é a mesma.

“A questão ora examinada consubstancia-se  
..... sem apoio na lei.”

Sr. Presidente, eminentes Ministros, quando havia terminado este voto, fiz uma pesquisa a respeito do assunto e me impressionou, também, a dupla tributação. Pelo contrato de *franchising* o franqueador paga o imposto de renda pelos lucros obtidos. Passa este mesmo fato gerador a receber uma dupla tributação porque se exige do franqueado como sendo prestação de serviços.

Então, com a devida vênia, Sr. Presidente, é o que penso a respeito desse tema, o qual considero muito palpitante como precedente porque é a primeira vez que o estamos enfrentando.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: V. Ex.<sup>a</sup> coloca em qual item? No 21?

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Nos itens 21, 22 e 79. Em três itens.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Gostaria que V. Ex.<sup>a</sup>, Sr. Ministro Garcia Vieira, meditasse sobre o seguinte: admitamos que em um contrato de *franchising* o franqueado nunca tenha a necessidade de prestação de serviço.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Mas o contrato envolve isso; é essencial do contrato; faz parte do contrato a prestação de serviço. V. Ex.<sup>a</sup> disse que a prestação de serviço não é fim, mas sim, meio. Aí é que está a divergência, pois entendo que não.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: O contrato de *franchising* pode ser tão-somente para uso de marcas, do nome da firma, locais de imóveis constituídos pela firma com categoria específica, e não como prestação de serviços. O contrato de *franchising* pode oferecer assistência técnica, e o franqueado nunca necessitar desta ou ter a sua assistência técnica própria, jamais recebendo-a do franqueador.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Ele aproxima-se mais de locação.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): V. Ex.<sup>a</sup>, Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, está com a relação anexa ao Decreto-Lei n. 406. Por favor, verifique os itens 21 e 22.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: V. Ex.<sup>as</sup> podem verificar que até o fato gerador é muito interessante.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Item 21: assistência técnica. Mas está vetado.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): E quanto aos itens 22 e 79?

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Presidente): O item 22 também está vetado.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O item 79 trata de locação.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Observe V. Ex.<sup>a</sup> que o franqueado pode ter empregados próprios ou a habilidade e nunca necessitar do serviço de assistência técnica do franqueador, ou o objeto, a máquina que faz o serviço, que vende o produto do franqueador, ser uma máquina que nunca necessite de tal assistência técnica.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Ministro José Delgado, V. Ex.<sup>a</sup> reconhece que existe a prestação de serviços, mas sustenta que esta prestação não se encaixa na lista do Decreto-Lei n. 406/1968. Aí é que está a divergência. Entendo que se encaixa.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: A prestação de serviços é um dos elementos constitutíveis do contrato.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Não entendi muito a extensão da divergência. V. Ex.<sup>a</sup> entende que qualquer contrato de *franchising*...

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Não, é a parte que se refere à prestação de serviço. Esta encontra-se prevista no Decreto-Lei n. 406/1968, em seus itens, onde se encaixa a prestação de serviços.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Quer dizer, uma vez prestado o serviço...

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Uma vez prestado o serviço, está sujeito ao ISS.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Presidente): O Sr. Ministro José Delgado entende que é possível que se caracterize como prestação de serviços, mas apenas incidirá o ISS se previsto na lista; ele exemplifica com o *leasing*, que não estava previsto e não se cobrava, segundo a nossa jurisprudência. Posteriormente, a lei o incluiu na lista de serviços. Agora, no caso, a situação toma uma feição muito interessante porque

os incisos indicados pelo eminente Sr. Ministro-Relator estão vetados, e o LXXIX, que não está vetado, diz respeito à locação.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Ministro Presidente, como a matéria é polêmica e meu voto está diferente, sugiro que V. Ex.<sup>a</sup> ou o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros peça vista.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Penso que a minha perplexidade seja de extensão pequena. Na visão de V. Ex.<sup>a</sup> Sr. Ministro-Relator, em tese, apenas admite-se a incidência do tributo quando houver prestação de serviço. Digamos que exista uma eventual prestação de serviço; por exemplo, no caso do Mc Donalds. Com uma nova receita criada pela matriz, é necessário que venha alguém para prestar o serviço de treinamento dessas pessoas, de assistência técnica, mas só se cobraria no momento em que este serviço fosse prestado.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sim, e o serviço prestado estaria sujeito ao ISS.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Aí é que está. Se o franqueado pediu um serviço especial e o franqueador expediu uma nota de serviço específica para aquele serviço, estou de pleno acordo.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Em sendo assim, não se trata de um serviço, mas da própria natureza do contrato.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Parece ser o mesmo caso. V. Ex.<sup>as</sup> observem que no contrato de franquia se paga um percentual, salvo engano neste caso, de 6,5% uma taxa fixa mensal, sobre a receita da empresa. Se a empresa tiver uma receita bruta de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por exemplo, pagará 6,5% dessa receita.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Mas paga-se a título de quê? Não vi isso em lugar algum. Em que lei está isso? Onde V. Ex.<sup>a</sup> faz essa citação?

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Penso que no meu contrato consta 6,5%. Quanto ao Mc Donalds, a taxa é 5,2% sobre a receita bruta. Então, se a empresa tem uma receita bruta de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) durante o mês, terá até o dia dez para recolher. Quem não utiliza serviços apenas pelo contrato de franquia recolhe essa importância mensalmente ao franqueador. Se o franqueado, porém, pedir um serviço extraordinário ao franqueador e este emitir uma nota de serviço, não tenho qualquer dúvida de que se trata de outro contrato, diferente. Se ele fugir ao limite da franquia, este é um aspecto completamente diferente.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Ministro José Delgado, estou com o contrato e não consigo achar esse tópico: (Lê) “Franquia empresarial da Localiza é a cessão do uso da marca contra a licença de *know-how* para o negócio de aluguel de carros nos termos da lei”. Quero ver onde se encontra isso, para saber em que termos está o contrato.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, **data venia**, divirjo do Sr. Ministro-Relator.

### VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sob as tendas de dúvidas, para bani-las do meu juízo, solicitei vista dos autos e, concluído o mister, para a compreensão da questão jurídico-litigiosa, rememoro que, impetrado por concessionária do uso da marca Localiza Rent a Car S/A, o mandado de segurança objetiva afastar a incidência do ISSQN sobre as operações de *franquia (franchising)*, pretensão desacolhida, na constância, de fundamentação do objurgado v. acórdão, assim resumido:

“Franquia ou *franchising*. Locação de carros. ISSQN cabível. Lista de serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968. Embora taxativa, comporta interpretação ampla e analógica.

Os contratos de franquias *franchising* envolvem cessão onerosa de um bem móvel e prestação de serviços de assessoria técnica, atividades sujeitas ao ISSQN, abrangidas nos itens 22, 23 e 79 da lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968 que, embora taxativa, comporta interpretação ampla e analógica, consoante dicção do STF (RTJ 68/198).”

Sem sucesso os embargos declaratórios, adveio o recurso especial, além da divergência jurisprudencial, apontando como contrariados os artigos 8º, Decreto-Lei n. 406/1968 e 108, § 1º, CTN.

Nesse contexto, diante do voto proferido pelo Sr. Ministro-Relator e da divergência consubstanciada pelos votos que se seguiram, considere necessário refletir sobre a questão. Isso feito, põe-se que, no caso, efetivamente, cuida-se de *franquia (franchising)* e, como assinalou o Sr. Ministro-Relator, no contrato empresarial, explicitando-se:

“A Franquia Empresarial da Localiza é a cessão do uso da marca

com transferência de *know-how* para o negócio de aluguel de carros nos termos da Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994’.

(...)

O negócio da franquia empresarial da Localiza é aluguel de carros.” (itens 1.3 e 1.6 – fl. 31).

Sublinha-se que o franqueador, independentemente da distinção entre atividade-meio ou atividade-fim, obrigou-se à uma série de prestações de serviços (item 5 – fls. 36/37).

Por essas amarras, com significação ganha importância verificar se os “serviços” são prestados, com submissão ao comando do artigo 8º, Decreto-Lei n. 406/1968. É dizer: se estão previstas na respectiva *lista anexa*. À primeira vista, **lato sensu**, a resposta estaria nos itens 21 e 21. Sucede que, tais disposições foram *vetadas*, conforme registro feito na edição do Código Tributário Nacional – edição – Saraiva.

Ora, *vetadas*, por óbvio, os “serviços” contratados na espécie não estão contemplados. Logo, fora do alcance das outras hipóteses listadas, inclusive no item 79, cuja previsão refere-se à contratação de natureza diversa.

Em sendo assim, embora os Municípios tenham competência para tributar “os serviços” (art. 156, III, CF), desde que respeitados os princípios gerais aplicáveis, sublinhando-se o da *legalidade*. Portanto, fora da multicitada lista, conclusivamente a imposição fiscal não tem a feição de legalidade. Sem previsão na lista, descabem considerações versando a possibilidade, ou não, de “interpretação ampla e analógica”.

Por outro lado, enveredar-se pela análise constitucional da competência do Município, como ente político autônomo (art. 30, III, CF), para aludir que, no exercício da sua competência, pode tributar as prestações de serviços, teria que ser esquecida a compreensão de que a *lista* é taxativa e considerá-la exemplificativa ou sugestiva. Mas, por esse itinerário, somente fincando interpretação de natureza constitucional, a lida é avessa à via especial (art. 105, III, **a**, **b**, e **c**, CF).

Enfim, dadas as suas características típicas ou próprias, distintas de outros serviços gerais, sem específica definição na lista anexa (Decreto-Lei n. 406/1968), o ISSQN não pode incidir sobre as atividades expressadas no contrato de franquia, consideradas pelo Fisco no valor do faturamento bruto para a tributação confrontada (item 6.2 – fl. 38).

Encerrada a exposição, ressaltada a relação contratual de “franquia”,

destacando-se que as atividades contratadas, para o efeito de tributação do ISSQN, não estão previstas na lista anexa (Decreto-Lei n. 406/1968), no caso concreto, voto com a divergência, *provendo o recurso*.

É o voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 223.778 – RJ

(Registro n. 99.0064555-3)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros  
Recorrente: Fábrica de Gelo Santa Clara Ltda  
Advogados: João Luiz Santarém Rodrigues e outros  
Recorrido: Light Serviços de Eletricidade S/A  
Advogados: Lycurgo Leite Neto e outros

**EMENTA:** Serviço público – Energia elétrica – Corte no fornecimento – Ilícitude.

I – É viável, no processo de ação indenizatória, afirmar-se, incidentalmente, a ineficácia de confissão de dívida, à míngua de justa causa.

II – É defeso à concessionária de energia elétrica interromper o suprimento de força, no escopo de compelir o consumidor ao pagamento de tarifa em atraso. O exercício arbitrário das próprias razões não pode substituir a ação de cobrança.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Brasília-DF, 7 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DELGADO, Presidente.

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

---

Publicado no DJ de 13.3.2000.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: A controvérsia origina-se em ação de perdas e danos promovidas pela ora recorrente contra fornecedora de energia elétrica, a recorrida. A pretensão da autora afirma que a demandada cortou-lhe o fornecimento de força elétrica, para forçar o pagamento de prestações decorrentes de confissão de dívida firmada por ela. Tal reconhecimento seria nulo, por haver resultado de coação.

A fornecedora de energia contra-atacou em outro processo, em que pede se declare a licitude do corte.

O v. acórdão recorrido declarou improcedente a ação da consumidora. Fez assim, sob o argumento de que a confissão de dívida não fora anulada. Seria necessária – diz o acórdão – a anulação, em ação própria. Ora, enquanto não anulado, o reconhecimento da dívida permanece eficaz. Se assim ocorre, não procede a pretensão indenizatória, porque o corte de energia, na espécie, é previsto, tanto no instrumento de confissão como no art. 75, I, da Portaria n. 222 do DNAEE.

Não se aplicam, no caso, aos artigos 42 e 71 do Código de Defesa do consumidor, porque a relação entre fornecedor de energia e consumidor obedecem (por força do art. 175, parágrafo único, da Constituição Federal) a regras especiais. Por isso, a concessionária, em cortando o fornecimento de energia exerceu direito a ela reconhecido, não cometendo ato ilícito (Código Civil, art. 160, I). Houve embargos declaratórios, que vieram a ser rejeitados.

No recurso especial, a consumidora reclama de ofensas aos artigos:

a) 4º, 105, 128, 131, 165, 301, 458, II, 459, 511, 512, 515 e 535 do Código de Processo Civil;

b) 22, 39 e 119 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990).

Em tema de dissídio pretoriano, o recurso traz a confronto vários precedentes formados no Superior Tribunal de Justiça e em outros tribunais.

Eis o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator):  
A r. sentença de 1<sup>a</sup> grau afirmou a inexistência de justa causa para a confissão de débito feita pela ora recorrente. A partir desta declaração incidente, julgou procedente o pedido indenizatório.

O v. acórdão recorrido afirmou que a confissão de dívida só poderia ser desconstituída mediante ação de anulação de ato jurídico.

Para demonstrar que tal proposição diverge de entendimento prestigiado pelo Superior Tribunal de Justiça, a recorrente apresentou acórdão formado na Terceira Turma a dizer que a ação declaratória presta-se à declaração de ineficácia de avença contratual (REsp n. 1.989/Athos).

Observo que esta orientação continua firme. Com efeito, em recente assentada, a Quarta Turma, conduzida pelo Ministro Sálvio Teixeira, proclamou:

“A natureza da ação é determinada pelo conteúdo do pedido formulado, sendo irrelevante o **nomen iuris** que lhe tenha atribuído o autor, principalmente em face dos princípios da **mihi factum, dabo tibi ius** e **iura novit curia**, não cabendo ao juiz, portanto, encerrar o feito sem o julgamento do mérito sob o fundamento de que, rotulada a ação como declaratória, não teria o autor o necessário interesse processual, em razão do pedido de natureza constitutiva agregado na inicial.” (REsp n. 100.766/Sálvio).

Em relação ao mérito, esta Turma examinou questão semelhante, afirmando:

“Administrativo. Mandado de segurança. Energia elétrica. Ausência de pagamento de tarifa. Corte. Impossibilidade.

1. É condenável o ato praticado pelo usuário que desvia energia elétrica, sujeitando-se até a responder penalmente.

2. Essa violação, contudo, não resulta em reconhecer como legítimo, ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma.

3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população,

constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.

4. Os arts. 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.

5. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade.

6. Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.

7. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.

8. Recurso improvido.” (RMS n. 8.915/Delgado).

Reporto-me a esse precedente para dar provimento ao recurso.

---

## **RECURSO ESPECIAL N. 236.279 – RJ**

(Registro n. 99.0098105-7)

Relator: Ministro Garcia Vieira  
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Advogados: Zuleica Estácio de Freitas e outros  
Recorrida: Construtora Santa Isabel S/A  
Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin e outros

**EMENTA:** Previdenciário – INSS – Fiscalização – Autuação – Possibilidade – Vínculo empregatício.

A fiscalização do INSS pode autuar empresa se esta deixar de recolher contribuições previdenciárias em relação às pessoas que ele julgue com vínculo empregatício. Caso discorde, a empresa dispõe

do acesso à Justiça do Trabalho, a fim de questionar a existência do vínculo.

Recurso provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, José Delgado e Francisco Falcão.

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

Ministro JOSÉ DELGADO, Presidente.

Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

---

Publicado no DJ de 20.3.2000.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS interpõe recurso especial (fls. 161/168), com fundamento na Constituição Federal, art. 105, inc. III, letra c, insurgindo-se contra o v. acórdão que entendeu ser da exclusiva competência da Justiça do Trabalho a fiscalização acerca da inexistência ou não de vínculo empregatício.

Consta da ementa do v. acórdão:

“Previdenciário. Vínculo empregatício. Reconhecimento. Não compete ao INSS o reconhecimento da existência ou inexistência de vínculo empregatício.

I – Não pode o INSS autuar empresa sob a alegação de falta de recolhimento de contribuições em relação a pessoas sem vínculo empregatício com a empresa, sob a alegação de vínculo laboral com a empresa.

II – Competência restrita à Justiça do Trabalho.

III – Em consequência, não há como o INSS, arrogando-se nesse direito, declarar a existência de vínculo empregatício, atuando a

empresa por falta de recolhimento de contribuições previdenciárias que entende devida.

#### IV – Recurso improvido.”

Aponta divergência com arestos proferidos pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Pede reforma do v. acórdão.

Contra-razões (fls. 181/186).

Despacho de fl. 188 inadmitiu o recurso, que subiu por força do provimento.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente, comprovada a divergência, conheço do recurso pela letra c.

Entendeu o venerando acórdão recorrido (fl. 158) que:

“Não pode o INSS autuar empresa sob a alegação de falta de recolhimento de contribuições em relação a pessoas sem vínculo empregatício com a empresa, sob a alegação de vínculo laboral com a empresa.

II – Competência restrita à Justiça do Trabalho.

III – Em consequência, não há como o INSS, arrogando-se nesse direito, declarar a existência de vínculo empregatício, atuando a empresa por falta de recolhimento de contribuições previdenciárias que entende devidas.” (fl. 158).

Não comungo desse posicionamento. A fiscalização do INSS pode autuar empresa se esta deixar de recolher contribuições previdenciárias em relação às pessoas que ele julgue com vínculo empregatício. Com isso, estaria o Instituto dando uma decisão administrativa que estaria sempre sujeita ao crivo do Judiciário. A empresa, caso não concorde com a autuação, recorrerá à Justiça do Trabalho, competente para decidir se existe ou não vínculo empregatício. É claro que o INSS, para autuar uma empresa, não precisa de uma decisão prévia da Justiça do Trabalho sobre a existência ou não de vínculo empregatício. Não se pode confundir competência do

Instituto para autuar uma empresa com o poder da Justiça do Trabalho de decidir sobre vínculo empregatício. A competência da Justiça do Trabalho não exclui a do Instituto de exercer suas funções de fiscalização sobre o cumprimento ou não das normas de proteção ao trabalho, inclusive o direito à previdência social. O eminente Ministro José Delgado, em decisão no Ag n. 257.017-RS, DJ de 21.10.1999, entendeu que:

“1. A competência da Justiça do Trabalho não exclui a das autoridades que exerçam funções delegadas para exercer a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, entre as quais se inclui o direito à Previdência Social.

2. No exercício de suas funções, o fiscal pode tirar conclusões diferentes das adotadas pelo contribuinte, sob pena de se consagrar a sonegação. Exige-se, contudo, que a decisão decorrente da fiscalização seja fundamentada, quer para que se atenda ao princípio da legalidade, ou para que o ato possa ser objeto de controle judicial, ou para que o contribuinte possa exercer seu direito de defesa.”

Dou provimento ao recurso e inverte as penas de sucumbência.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 239.360 – PR

(Registro n. 99.0106131-8)

Relator: Ministro Garcia Vieira  
Recorrente: Fazenda Pública do Estado do Paraná  
Advogados: Márcia Dieguez Leuzinger e outros  
Recorrida: Rimata Armazéns Gerais Ltda  
Advogados: João Carlos de Oliveira e outro

**EMENTA:** Tributário – ICMS – Armazéns gerais – Depósito de mercadorias – Fato gerador – Inocorrência.

Para que ocorra o fato gerador do ICMS é necessária a circulação de mercadoria.

Receber mercadorias para depósito, guarda e conservação não caracteriza circulação de mercadoria.

Recurso improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado e Francisco Falcão. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Brasília-DF, 15 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DELGADO, Presidente.

Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

---

Publicado no DJ de 02.05.2000.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O Estado do Paraná, lastreado na Constituição Federal, art. 105, III, **a**, interpõe recurso especial (fl. 136), aduzindo tratar-se de embargos à execução para contestar a exigibilidade do ICMS, ante a inexistência de vendas de mercadorias, por se tratar de operações de depósito, efetuadas em armazéns gerais.

O egrégio Tribunal **a quo**, examinando a questão, exarou acórdão assim ementado:

“Apelação. Embargos à execução fiscal. ICMS. Incidência. Armazéns gerais. Depositário. Mercância. Inexistência. Procedência. Desprovimento.

As operações de mero depósito não se constituem em fato gerador do ICMS que possa responsabilizar o armazém geral.”

Aduz violação ao CTN, arts. 113 e 121 e à Lei Complementar n. 87/1996, art. 6º.

Afirma que o armazém geral, ao receber mercadorias para depósito,

passíveis de circulação mercantil, tem a obrigação de escriturar contabilmente, não apenas as entradas dessas mercadorias, mas sobretudo, as saídas. Ocorre que, no caso presente, os fiscais fazendários constataram a ausência de emissão da documentação fiscal pelas saídas de arroz natural em casca, algodão em pluma e farinha de mandioca, o que originou a lavratura do auto de infração que embasa a presente ação de execução.

Afirma, ainda, que os armazéns gerais ocupam a posição de substitutos tributários, a teor do que dispõe a Lei Estadual n. 6.364/1972, em consonância com o que dispõe o CTN, art. 121, parágrafo único, inciso II e a Lei Complementar n. 87/1996, art. 6<sup>a</sup>.

Requer reforma do v. aresto recorrido.

Despacho (fl. 163).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente, aponta a recorrente, como violados, os artigos 109, 110, 113, §§ 2<sup>a</sup> e 3<sup>a</sup>, e 121, II, do CTN e 6<sup>a</sup> da Lei Complementar n. 87/1966, versando sobre questões devidamente prequestionadas.

Conheço do recurso pela letra a.

O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias tem como fato gerador a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor ou a entrada nesses estabelecimentos (Decreto-Lei n. 406/1968, art. 1<sup>a</sup>, itens I e II). Como se vê, para que haja o fato gerador é preciso que ocorra a circulação de mercadoria, e, na hipótese, isso não ocorreu. Esclarece o v. acórdão recorrido (fl. 130) que:

“Relatam os autos que a apelada recebeu para depósito, arroz, algodão em pluma e farinha de mandioca, sendo certo que esses bens pertenciam à Cia. de Financiamento à Produção, os quais foram, a seu tempo, devolvidos.” (fl. 130).

Ora, se a embargante, como armazéns gerais, recebeu referidas mercadorias pertencendo à Companhia de Financiamento à Produção para depositar, guardar, conservar e as devolver a seu proprietário, não houve circulação da mercadoria e a embargante não as comprou nem as vendeu. Não

ocorreu o fato gerador do ICMS. É verdade que a Lei Estadual n. 6.364/1972, em seu artigo 13, II, considera como contribuinte substituto os armazéns gerais, mas, ao assim estabelecer, contrariou os artigos 109 e 110 do CTN, ao criar um sujeito passivo da relação tributária que não existe, como bem acentuou o v. aresto hostilizado. **Ives Gandra da Silva Martins**, citado pelo MM. Juiz Singular em sua respeitável sentença de fls. 79/85, ensina que:

“... não são os armazéns gerais contribuintes nem substitutos para as operações de mero depósito, não podendo ser autuados por responsabilidade tributária de terceiros, isto é, por operações relativas à circulação de mercadorias de responsabilidade de terceiros (fl. 84). A questão foi bem apreciada e decidida pelo v. aresto hostilizado e faço minhas as suas razões de decidir, quando sustentou que:

‘Sabidamente, repousa na circulação de mercadorias, o fato gerador do ICMS. É correto, por isso, dizer-se que a incidência do tributo tem lugar, presente hipótese em que haja a circulação.

De outra parte, por armazéns gerais se entendem os estabelecimentos instituídos por iniciativa particular, e autorizados pelos poderes públicos, que têm a finalidade de receber mercadorias e quaisquer outras espécies de gêneros, para sua guarda e depósito mediante uma taxa ou comissão estipulada (Vocabulário Jurídico, 12ª ed., 1997, vol. I, de **Plácido e Silva**).

No caso específico, o Regulamento do ICMS, gizou que tem por ocorrido o fato gerador no momento da transmissão a terceiro de mercadoria depositada em armazém geral (art. 5º, III), prevendo, ainda, a obrigatoriedade da emissão da nota fiscal ao contribuinte, em decorrência de locação ou de remessa para armazém geral ou depósito fechado (art. 119, III, b).

É de ver que a Lei Estadual n. 6.364/1972 (art. 13, II), colocou o armazém geral como substituto tributário. Em assim fazendo, entanto, é certo que extrapolou sua esfera de atribuição, pelo fato de criar um sujeito passivo da relação tributária, que não existe, ferindo de frente os arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional.

Foi por isso que em 1º grau, teve-se como inconstitucional o dispositivo da lei estadual, com louvação a **Ives Gandra da Silva Martins**, para quem os armazéns gerais não são, para operações de depósito, nem contribuintes, nem substitutos tributários.

Diante disso e, em remate, sem a prova de que tenha praticado ato de comércio, é curial que a embargante, na qualidade de armazém geral, não pode ser responsabilizada pelo pagamento do imposto, não respondendo sequer como substituto tributário.’ (fls. 130/131).”

Nego provimento ao recurso.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 239.687 – SP

(Registro n. 99.0106842-8)

Relator: Ministro Garcia Vieira  
Recorrente: Município de Jundiá  
Advogados: Ione Camacho Caiuby e outros  
Recorrido: Ary Massa  
Advogados: Leunir Ermardt e outro

**EMENTA:** Administrativo e Tributário – Desapropriação – Declaração de utilidade pública – IPTU – Responsabilidade – Proprietário do imóvel.

A simples declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação, não retira do proprietário do imóvel o direito de usar, gozar e dispor do seu bem, podendo até aliená-lo.

Enquanto não deferida e efetivada a imissão de posse provisória, o proprietário do imóvel continua responsável pelos impostos a ele relativos.

Recurso parcialmente provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com

o Relator os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, José Delgado e Francisco Falcão.

Brasília-DF, 17 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DELGADO, Presidente.

Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

---

Publicado no DJ de 20.3.2000.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: A Fazenda Pública do Município de Jundiáí interpõe recurso especial, artigo 105, inciso III, letra a, insurgindo-se contra o v. acórdão que entendeu que “a simples declaração de utilidade pública importa na perda de imóvel embargado”.

Alega que o decreto expropriatório é um simples ato administrativo discricionário e precário, que pode ser revogado a qualquer momento, ficando o expropriado com a propriedade do imóvel até a conclusão do procedimento expropriatório que ocorre com o pagamento do preço justo. E conclui a recorrente sustentando que, se o fato gerador da obrigação tributária referente ao IPTU é a propriedade do imóvel, o recorrido é obrigado a recolher o tributo até a data da efetiva perda do imóvel.

Aponta negativa de vigência aos arts. 32 e 104, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Pede provimento para que seja reconhecida a legalidade e exigibilidade do tributo.

Sem contrariedade (fl. 66).

Despacho (fl. 60) inadmitiu o recurso que subiu por força do provimento ao agravo de instrumento interposto.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Aponta a recorrente, como violados, os artigos 32 e 104, III, do CTN, versando sobre questões devidamente questionadas.

Conheço do recurso pela letra a.

Com o Decreto n. 12.909, de 14 de julho de 1992, foram declarados de utilidade pública, para fins de desapropriação, 592.50m<sup>2</sup> do imóvel do agravado, com área total de 12.140m<sup>2</sup>. A questão se resume em se saber se o IPTU do ano de 1992 é devido ou não sobre a área declarada de utilidade pública (592,50m<sup>2</sup>), porque sobre o remanescente (diferença entre os 12.140m<sup>2</sup> e 592.50m<sup>2</sup>) não há dúvida que referido imposto é devido.

A simples declaração de utilidade pública para fins de desapropriação não retira do proprietário do imóvel objeto da referida declaração o direito de usar, gozar e dispor do seu bem (art. 524 do CC) e pode até aliená-lo. Por isso, enquanto não deferida e efetivada a imissão de posse provisória, o proprietário do imóvel continua responsável pelos impostos, inclusive o Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU. É de jurisprudência pacífica no STJ o entendimento de que é a expropriante a responsável pelos tributos incidentes sobre o imóvel expropriado desde a efetivação da imissão de posse provisória. No Recurso Especial n. 139.843-SP, DJ de 7.6.1999, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, entendeu esta egrégia Turma que, em caso de desistência da desapropriação, os tributos incidentes sobre o imóvel, no período entre a imissão de posse provisória e a sua restituição aos expropriados, devem ser recolhidos pela expropriante. No Recurso Especial n. 18.946-0-SP, DJ de 13.5.1995, Relator Ministro Hélio Mosimann, a egrégia Segunda Turma decidiu que:

“Os tributos incidentes sobre o imóvel desapropriado, após a imissão provisória na posse, correm por conta da entidade expropriante.”

Esta egrégia Primeira Turma, no Recurso Especial n. 139.870-SP, julgado no dia 7.11.1997, do qual fui relator, entendeu que a expropriante responde pelos impostos incidentes sobre o imóvel expropriado durante o período em que perdurar a imissão de posse provisória. No Recurso Especial n. 182.235-SP, DJ de 22.2.1999, do qual fui relator, entendeu esta egrégia Turma:

“Após a imissão de posse provisória, os tributos relativos ao imóvel expropriado são de responsabilidade da expropriante.”

Embora não esteja provado nestes autos que tenha sido deferida e efetivada a imissão provisória de posse, está claro pela respeitável sentença (fls. 26/28) e pelo v. acórdão recorrido (fls. 40/41) que o expropriado perdeu a posse do seu imóvel. Afirmou o MM. Juiz Singular (fls. 27/28) que:

“... a declaração de utilidade pública importou na imediata perda da utilização do imóvel do embargado e de seus vizinhos, em face de obras para a regularização do canal e abertura da av. Marginal do Córrego da Colônia, conforme destacado na planta anexada aos autos pela Municipalidade; emergindo a perda pelo contribuinte, do uso útil do bem, como aparência de imissão regular na posse. Sem que ocorra qualquer obstáculo legal, em face do teor do art. 15 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, uma vez que o expropriado não recebeu o pagamento de qualquer indenização. Seria excesso de ônus, admitir que além de perder compulsoriamente a utilização, seja sua situação agravada e compelido a arcar com o encargo do tributo municipal, em favor do ente declarante.”

O v. aresto hostilizado, além de confirmar a sentença, sustentou que:

“A apelante não nega a utilização do imóvel encontrar-se bloqueada pelo interesse público atribuído à área e que o imposto que está sendo cobrado, refere-se ao exercício de 1992, ano em que pelo Decreto n. 12.909, de 14 de julho de 1992 foi o imóvel declarado de utilidade pública.

Ora, o simples fato de não ter se imitada na posse, não descaracteriza a perda da utilização do imóvel em face da notoriedade das obras que vêm sendo realizadas para a regularização do canal e abertura da av. Marginal do Córrego da Colônia, conforme destacado na planta anexada aos autos pela Municipalidade. Se não dispõe da plena disponibilidade de uso e gozo do imóvel, não pode ser injustamente tributado.

A certidão de dívida ativa lavrada em 1.4.1994 e atualizada em 30.4.1996, torna inaplicável o princípio da atualidade, pois no exercício de 1992 em que incidiu o tributo, a plena utilização do imóvel já havia sido subtraída do embargado, ainda que de parte do mesmo, tornando-se imprestável às suas finalidades.”

Ora, se foi afirmado, pela sentença e pelo v. acórdão recorrido que a confirmou, ter a expropriante ocupado o imóvel e já estar de posse do mesmo, é a expropriante a responsável pelos tributos incidentes sobre o imóvel desde a data de sua ocupação, inclusive pelo IPTU, do seu exercício de 1992.

Dou parcial provimento ao recurso para declarar que é a expropriante a responsável pelo IPTU do ano de 1992, com referência à área de 592.50m<sup>2</sup>, declarada de utilidade pública, devendo o expropriado recolher a aludida exação no concernente ao remanescente (diferença entre a área total de 12.140m<sup>2</sup> e os 592.50m<sup>2</sup>, declarada de utilidade pública).

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 240.617 – SP

(Registro n. 99.0109587-5)

Relator: Ministro Francisco Falcão  
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Advogados: Ikuko Kinoshita e outros  
Recorrido: Wanuir Cândido Lopes

**EMENTA:** Processual Civil – Advogado de autarquia – Representação – Aplicabilidade do art. 13 do CPC.

Advogados que não ostentam a condição funcional de procuradores, estão sujeitos a juntar, no processo em que atuam em nome dela, o instrumento de mandato judicial, sendo aplicável o artigo 13 do CPC.

“Não podem ser considerados inexistentes os atos praticados por advogado do INSS, cuja procuração foi arquivada em cartório, sem que lhe seja assegurado pelo juiz a prévia oportunidade de suprir a irregularidade da representação.” (REsp n. 197.098-SP, Relator Ministro Vicente Leal, DJU de 10.5.1999, p. 239).

Recurso conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado. Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ DELGADO, Presidente.

Ministro FRANCISCO FALCÃO, Relator.

---

Publicado no DJ de 22.5.2000.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com fulcro no art. 105, inciso III, **a**, da Carta Magna, contra o v. acórdão cuja a ementa passo a transcrever, **in verbis**:

“Processo Civil. Advogado de autarquia que não detém a condição funcional de procurador autárquico. Necessidade de juntada do instrumento de mandato. Atos praticados tidos inexistentes. Apelação não conhecida.

1) É irregular a prática do arquivamento do instrumento de mandato em cartório, por não permitir ao Tribunal o competente cotejo.

2) A representação da autarquia por advogado não pertencente ao seu quadro de procuradores deve ser comprovada nos autos.

3) Inaplicabilidade dos artigos 13 e 37 do CPC, por não se tratar de defeito ou irregularidade do instrumento.

4) Impossibilidade consumada de convalidar os atos tidos por inexistentes. Inteligência do art. 37, parágrafo único, do CPC.

5) Apelação não conhecida.”

A recorrente alega que o julgado em questão contrariou os artigos 13 e 37 do CPC.

Sem contra-razões.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta egrégia Corte, onde dispensei a manifestação do douto Ministério Público Federal.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator): A matéria dos

dispositivos infraconstitucionais tidos como violados foi prequestionada, obtendo a análise no acórdão hostilizado, viabilizando o conhecimento do presente recurso.

O Tribunal **a quo** entendeu que os atos praticados por advogados que não ostentam a condição funcional de procuradores, estão sujeitos a juntar, no processo em que atuam em nome dela, o instrumento de mandato judicial, não se aplicando, **in casu**, os artigos 13 e 37 do CPC.

Os regramentos legais referenciados assim estão plasmados:

“Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito.”

“Art. 37. Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exhibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze) dias, por despacho do juiz.”

Entendo que os dispositivos acima são aplicáveis à hipótese **sub examine**, devendo o magistrado obedecer ao comando processual, assegurando prazo para sanar a balda existente, sob pena de violar o princípio da instrumentalidade do processo.

A título exemplificativo, transcrevo a seguinte ementa de recente aresto, **verbis**:

“Processual Civil. INSS. Advogado. Representação processual. Ausência. Prazo para a regularização. Artigo 13 do CPC.

– Somente os procuradores autárquicos estão autorizados a atuar em juízo sem procuração nos autos, por se encontrarem legalmente investidos na condição de agentes públicos no exercício de suas funções.

– Em face da regra inscrita no artigo 13 do CPC, deve o magistrado assegurar prazo razoável a fim de que a irregularidade da representação processual das partes seja suprida pela apresentação do instrumento de mandato.

– Não podem ser considerados inexistentes os atos praticados por advogado do INSS, cuja procuração foi arquivada em cartório, sem que lhe seja assegurada pelo juiz a prévia oportunidade de suprir a irregularidade da representação.

– Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 197.098-SP, Relator Ministro Vicente Leal, DJU de 10.5.1999, p. 239).

Tais as razões expendidas, *dou* provimento ao recurso.

É como voto.